



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

CASO CLARÍN, ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES:
NACIONALIDAD, APLICABILIDAD DEL APPI ESPAÑA-CHILE, TRATO JUSTO
Y EQUITATIVO Y DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Comentarios en Derecho del Laudo dictado en el Caso CIADI N° ARB/98/2
“Víctor Pey C. y Fundación Presidente Allende c. Chile”

Alfredo Pino Tapia

Francisco Álvarez Zavala

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Profesor Guía: Carlos Dettleff Beros

Santiago, 2015

ÍNDICE

RESUMEN	7
I. El “Caso Clarín”	7
II. Memoria de Investigación	9
CAPÍTULO PRIMERO: LA NACIONALIDAD DE LOS DEMANDANTES DE ACUERDO AL CONVENIO CIADI Y AL APPI ESPAÑA-CHILE	11
I. Aplicación general del Artículo 25 (2) del Convenio CIADI al “Caso Clarín”	11
1. Enumeración de Objetivos	11
2. Exposición del Tribunal de Arbitraje.....	11
3. Nuestra Opinión	14
II. La cuestión sobre la presunta privación por parte de Chile, de su nacionalidad al sr. Pey	28
1. Enumeración de objetivos	28
2. La Controversia.....	28
a) Posición de las partes	28
b) Resolución del Tribunal de Arbitraje	30
3. Nuestra Opinión	32

III.	La nacionalidad de Víctor Pey en el periodo 1974-1996	47
1.	Enumeración de Objetivos	47
2.	Exposición del Tribunal de Arbitraje	47
3.	Nuestra Opinión	50
IV.	La controversia por la presunta renuncia a la nacionalidad Chilena en 1997, por parte del sr. Víctor Pey	66
1.	Enumeración de Objetivos	66
2.	Exposición de Hechos Relevantes	66
3.	La Controversia.....	70
a)	Posición de los Demandantes	70
b)	Posición de Chile	71
c)	Resolución del Tribunal de Arbitraje	72
4.	Nuestra Opinión	77
V.	La Nacionalidad de la Fundación Presidente Allende y el Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile	107
1.	Enumeración de Objetivos	107
2.	Exposición del Tribunal de Arbitraje.....	107

a) Nacionalidad de la Fundación Presidente Allende según el Convenio CIADI	107
b) Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile	108
3. Nuestra Opinión	110
a) La nacionalidad de la Fundación según el Convenio CIADI	110
b) El Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile	114

CAPÍTULO SEGUNDO: APLICABILIDAD DEL APPI ESPAÑA-CHILE Y DECISIÓN DE FONDO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE 119

Primera Parte: Aplicabilidad del APPI España-Chile al arbitraje 119

I. El APPI España-Chile y la Competencia del Tribunal de Arbitraje ..	119
1. Enumeración de Objetivos	119
2. Exposición del Tribunal de Arbitraje	119
3. Nuestra Opinión	121
II. Las diferencias entre las partes de 1995, 2000 y 2002	130
1. Enumeración de Objetivos	130
2. Exposición del Tribunal de Arbitraje	131
3. Posiciones de las partes	133

a) Diferencia de 1995	133
b) Diferencia de 2000	135
c) Diferencia de 2002	136
4. Resolución del Tribunal de Arbitraje	138
a) Diferencia de 1995	138
b) Diferencia de 2000	140
c) Diferencia de 2002	141
5. Nuestra Opinión	142
III. La presunta aplicación retroactiva de las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile	151
1. Enumeración de Objetivos	151
2. Posición de las partes	151
3. Resolución del Tribunal de Arbitraje	152
4. Nuestra Opinión	155
IV. La Cláusula de Opción Irrevocable (<i>Fork in the road</i>)	162
1. Enumeración de Objetivos	162
2. Posición de las partes	162
a) Posición de Chile	162

b) Posición de los Demandantes	164
3. Resolución del Tribunal de Arbitraje	165
4. Nuestra Opinión	168
Segunda Parte: Obligación de Trato Justo y Equitativo y Denegación de Justicia,el fondo del laudo.	176
I. Planteamiento de Objetivos.	176
II. La Decisión 43 y la vulneración a la obligación de un trato justo y equitativo	177
1. Hechos Pertinentes.....	177
2. Posiciones de las partes	180
3. Resolución del Tribunal de Arbitraje	181
III. Denegación de Justicia por falta de pronunciamiento en el fondo en el procedimiento de restitución de la rotativa Goss	182
1. Hechos Pertinentes.....	183
2. Posiciones de las partes	186
3. Resolución del Tribunal de Arbitraje	188
IV. Nuestra Opinión	192
CONCLUSIONES	207

RESUMEN

I. El “Caso Clarín”

El día dos de octubre de mil novecientos noventa y siete don Víctor Pey Casado, actuando a nombre propio y en representación de la Fundación Presidente Allende (entidad española sin fines de lucro) presentó una solicitud de arbitraje en contra del estado de Chile, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dando origen a un extenso litigio internacional vigente hasta nuestros días. En su demanda, los actores sostienen que Chile ha incurrido en violaciones respecto de su inversión extranjera, según el Acuerdo entre España y Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones (APPI España-Chile); luego, en el año 2002, los actores interpusieron una Demanda Complementaria alegando nuevas vulneraciones, relativas a actuaciones de la República (administrativas y judiciales) llevadas adelante en el periodo comprendido entre 1995 y 2002.

Chile se defendió impugnando la competencia del Tribunal de Arbitraje, al señalar -entre otras cosas- que los Demandantes no cumplen con el requisito de “extranjería”, prescrito tanto en el Convenio CIADI como en el APPI España-Chile para su demanda. Respecto a la Demanda Complementaria, la República fundó su defensa en señalar que los gobiernos democráticos de la década del 90’ han destinado todos sus esfuerzos a indemnizar y reparar, en la medida de lo posible; los perjuicios sufridos por quienes fueron víctimas de actos ilegales

y/o arbitrarios llevados adelante por el régimen de facto que gobernó el país en el periodo 1973-1990; y se ordenó indemnizar a los verdaderos propietarios de los derechos alegados por los actores, los que resultaron ser personas distintas de los demandantes.

Luego de un extenso procedimiento de arbitraje, el 08-05-2008 el Tribunal de Arbitraje dictó el Laudo en el que puso fin a la controversia, declarándose competente para conocer del asunto; en cuanto al fondo, el Tribunal determinó que Chile había violado las disposiciones del APPI España-Chile al no establecer un “tratamiento justo y equitativo” hacia los Demandantes, e incurrir en “Denegación de Justicia” respecto de los mismos; en los siguientes actos: a) la Decisión 43 de 2000, por medio de la cual, Chile otorgó una indemnización a personas distintas de aquellas a las que el Tribunal de Arbitraje reconoció como los legítimos propietarios de la inversión extranjera afectada, es decir, los demandantes y b) El periodo de 7 años sin que la justicia chilena haya emitido una decisión de fondo a la acción reivindicatoria interpuesta por los actores respecto de la máquina rotativa Goss que formaba parte de la inversión; por todo lo anterior, el tribunal condenó a Chile al pago de US\$ 10 millones a los Demandantes por concepto de indemnización, más intereses y costas.

Chile solicitó la nulidad del Laudo y el 18-12-2012 un Comité *Ad hoc* designado por el CIADI, emitió su Decisión de Anulación; en la que declaró la

nulidad parcial¹ del Laudo; actualmente sólo queda por definir el “Quantum” de la pena asignada a Chile, para poner fin a éste prolongado litigio internacional conocido mediáticamente en Chile como el “Caso Clarín” que a nuestros días se ha extendido por casi 17 años.

II. Memoria de Investigación

Nuestra investigación se dedicará a analizar los aspectos jurídicos más relevantes de éste arbitraje, los que a juicio de los autores se encuentran recogidos en el Laudo del año 2008, y son los siguientes:

En primer lugar, **la controversia sobre la nacionalidad de los demandantes**, en especial, la nacionalidad de Víctor Pey entre 1973 y 1997. La importancia de éste punto es evidente, ya que tanto el Convenio CIADI como el APPI España-Chile, requieren que los inversionistas que alegan su protección sean “extranjeros”, es decir, que tengan una nacionalidad distinta a la del estado en que realizan su inversión; el cumplimiento de éste requisito es vital para la competencia del Tribunal de Arbitraje y será el tópico analizado en el capítulo primero de ésta memoria.

En segundo lugar, **el debate de las partes sobre la aplicabilidad del APPI España-Chile** al caso concreto, como la competencia *ratione temporis* del

¹ Específicamente de aquella parte dedicada a la Determinación del Daño, esto significa que el Comité *ad hoc* dejó firmes los aspectos esenciales del Laudo, a saber: la competencia del Tribunal de Arbitraje y la condena a Chile por las violaciones normativas en materia de inversión extranjera.

Tribunal de Arbitraje respecto a hechos anteriores a la entrada en vigencia del APPI, la aplicabilidad *ratione temporis* de las disposiciones sustantivas del APPI o la cláusula *fork in the road*, cuestiones que han sido determinantes, ya sea para declarar la competencia del Tribunal o a la hora resolver el fondo del asunto, al estudio de éstas cuestiones se dedicará la primera parte, del capítulo segundo de nuestra memoria.

Finalmente, los autores consideramos importante estudiar la obligación que impera a los estados de otorgar a sus inversionistas extranjeros un **Tratamiento Justo y Equitativo** absteniéndose de toda **Denegación de Justicia**, que fueron las causales por las que el Tribunal de Arbitraje condenó a Chile; al respecto, consideramos relevante realizar un análisis jurídico respecto de éstas instituciones, el que tendrá lugar en la segunda parte, del capítulo segundo de la presente memoria.

CAPÍTULO PRIMERO

LA NACIONALIDAD DE LOS DEMANDANTES DE ACUERDO AL CONVENIO CIADI Y AL APPI ESPAÑA-CHILE

I. Aplicación general del Artículo 25 (2) del Convenio CIADI al “Caso Clarín”.

1. Enumeración de objetivos.

a) Establecer las “fechas críticas” relativas a la nacionalidad de Víctor Pey C.

b) Interpretar la regulación establecida en el Convenio CIADI respecto de los inversionistas que gozan de doble nacionalidad.

c) Explicar el ámbito de aplicación (al presente caso) del Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad entre España y Chile de 1958.

2. Exposición del Tribunal de Arbitraje.²

El Tribunal de Arbitraje señala que una gran controversia respecto a su competencia, es la de determinar si Víctor Pey cumple o no, el requisito de ser

² Laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el Caso CIADI N° ARB/98/2, entre Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende (Demandantes) y la República de Chile (Demandada), de fecha 8-05-2008, en adelante LAUDO, (pp. 78-82)

nacional de un Estado diferente a aquél receptor de la inversión. A continuación, el órgano arbitral cita el art. 25 (2) del Convenio CIADI, el cual entiende como “nacional de otro estado contratante” a toda persona natural que ostente la nacionalidad de un Estado contratante, distinto del estado parte en la diferencia: a) en la fecha del consentimiento al arbitraje y b) en la fecha de registro del mismo; mientras que el inciso final indica que en ningún caso, el requisito de nacionalidad se cumplirá, por personas que en cualquiera de éstas fechas tengantambién, la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

En el caso concreto, el Tribunal entiende que los momentos para determinar la nacionalidad del sr. Pey, es la fecha en que las partes han consentido en someter la diferencia a arbitraje **(2-10-1997)** y también la fecha en que dicha solicitud fue registrada por el CIADI **(20-04-1998)**. Al respecto, el Tribunal concluye que Víctor Pey posee en ambas fechas la nacionalidad española, y que la controversia radica en determinar si el actor, en una de éstas fechas, tenía aún la Doble Nacionalidad chileno-española o sólo era ciudadano español; y sobre aquello, el Tribunal destaca aquella norma, en la que el CIADI excluye de su competencia a los inversionistas que tengan también la nacionalidad del estado receptor, por no ser “extranjeros” de acuerdo al convenio.

En consecuencia, bastaría con que la parte demandada demostrase que el sr. Pey poseía también la nacionalidad chilena en una las “fechas críticas, para

descartar la competencia del CIADI. En los mismos términos, el Tribunal insiste en que, para que se entiendan satisfechos los requisitos de competencia establecidos en el art. 25 del Convenio CIADI, se requiere que **el demandante posea la nacionalidad del estado demandado.**

Según la República de Chile, Víctor Pey habría sido Doble Nacional, toda vez que, además de tener la nacionalidad española, el actor también posee la nacionalidad chilena desde 1958. Posteriormente, el Tribunal se encargó de hacer una breve reseña sobre el sr. Pey, comenzando por su nacimiento en España el año 1915, y luego como exiliado emigró a Chile en 1939; permaneciendo en nuestro país hasta su segundo exilio en 1973, entretanto, el 24-05-1958 el reino de España y la República de Chile celebraron un Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad³ y en aplicación del mismo, el actor obtuvo la nacionalidad chilena el mismo año 1958, convirtiéndose en Doble Nacional.

El Tribunal de Arbitraje cierra su intervención afirmando, que la adquisición de la nacionalidad chilena por Víctor Pey, verificada en diciembre de 1915 de acuerdo al CDN España-Chile del mismo año, no ha sido controvertida por las partes y resulta indiscutible. Lo que sí debe resolver y declarar el órgano arbitral, es el hecho de que, en las fechas críticas, el sr. Pey conservaba aún su nacionalidad chilena, como pretende la parte demandada a través de su excepción de incompetencia, o tal como señalan las partes demandantes.

³ En adelante se le hará referencia indistintamente como “Convenio de Doble Nacionalidad”, “CDN España-Chile” o simplemente “CDN”

Víctor Pey había sido privado de esta segunda nacionalidad o había renunciado a la misma en forma válida de acuerdo al derecho chileno.

3. Nuestra Opinión

La exposición anterior del Tribunal, relativa al marco jurídico aplicable al requisito de nacionalidad de los demandantes según el Convenio CIADI, sin duda corresponde a la presentación o planteamiento de la segunda gran controversia relativa a la competencia del Tribunal de Arbitraje, cuya resolución corresponde a gran parte del segundo capítulo de la investigación objeto de nuestro estudio; a saber, la nacionalidad de los dos sujetos demandantes, especialmente en el caso del sr. Víctor Pey Casado; nacido en España, en 1958 como vimos, se acogió al régimen establecido por recién vigente CDN España-Chile, y obtuvo una segunda nacionalidad, la chilena, en virtud del DS 8054 del 11-12-1958, fecha en la cual el sr. Pey dejó de ser simplemente español, pasando a ser, para todos los efectos legales, un ciudadano doble nacional español-chileno. Respecto de este hecho y tal como señaló el Tribunal de Arbitraje, hay acuerdo de las partes en que el sr. Pey procedió a ampliar su situación de nacionalidad de acuerdo a éste Tratado el año 1958; también concuerdan la partes en que ésta situación se mantuvo sin variaciones al menos hasta 1973.

La controversia en el marco del arbitraje, nace en el momento en que los demandantes sostienen que para las denominadas “fechas críticas” del art. 25

(2) del Convenio CIADI, Víctor Pey había dejado de ser doble nacional, ya que sólo poseía su nacionalidad de origen, es decir, la española. En relación con este hecho, los actores hicieron valer 2 alegaciones separadas: a) Por una parte, los demandantes señalan que supuestamente, el sr. Pey despojado de su nacionalidad chilena en virtud de las expropiaciones de CPP S.A. y EPC Ltda., junto con verse forzado al exilio durante el régimen militar; y b) en subsidio, los actores sostienen que el sr. Pey renunció a su nacionalidad chilena en forma voluntaria y completamente válida para nuestro derecho nacional, con anterioridad a la primera de las mentadas fechas críticas.

La demandada por su parte, se defiende asegurando que el sr. Pey se mantuvo sujeto al Convenio de Doble Nacionalidad a la época de las fechas críticas, ya que estiman que las expropiaciones de los años 70' nada tienen que ver con su vínculo de nacionalidad con Chile, por lo que en ningún caso puede entenderse que en virtud de las confiscaciones, el estado de Chile "desnacionalizó" al sr. Pey. En lo que se refiere a la alegación subsidiaria de los actores, la República es enérgica en señalar, que de acuerdo al derecho chileno vigente en las fechas críticas (incluso antes), en particular de acuerdo a la Constitución Política de 1980, aplicable al año 1997, la renuncia no estaba contemplada como causal de pérdida de la nacionalidad chilena, por lo que estima la demandada, que es imposible que el sr. Pey haya podido renunciar válidamente a su segunda nacionalidad, ya que la legislación nacional aplicable no contemplaba dicha posibilidad.

Revelado que ha sido el conflicto principal del que trata el presente capítulo; en lo que resta de éste comentario, abordaremos ahora ciertos aspectos de la exposición introductoria realizada por el Tribunal de Arbitraje que nos parece apropiado examinar antes de entrar de lleno a ésta interesante controversia entre las partes. Comenzaremos por citar textualmente el mencionado artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI: “Se entenderá como ‘nacional de otro estado contratante’: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá a las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.”

Aplicando ésta norma al caso concreto, debemos entender por supuesto como la persona natural al sr. Víctor Pey, y en cuanto las dos fechas a las que hace referencia la norma, entendemos también a aquellas que en el contexto del arbitraje se dan a conocer como las “fechas críticas”; en orden cronológico, así como también de acuerdo a su enunciación en el convenio, la primera fecha crítica es aquella en que ambas partes han consentido en llevar la controversia a un Tribunal arbitral designado por el CIADI. En el caso concreto, dado que el consentimiento de Chile es eventualmente automático y se encontraría otorgado *ex ante* en virtud de la firma del APPI España-Chile (todo ello siempre

que los demandantes cumplan también los requisitos establecidos por éste último tratado internacional) adquiere relevancia la fecha en que los demandantes, y en particular el sr. Pey, han concurrido concretamente a éste consentimiento, ya que será ese día el que se tendrá como la primera “fecha crítica”, es decir, la del consentimiento de ambas partes para recurrir al arbitraje; y tal como expuso el Tribunal, el sr. Pey suscribió una declaración en Santiago el día 2-10-1997 en la que afirma expresamente su voluntad de recurrir a un arbitraje CIADI en contra del estado de Chile, por lo tanto, la primera fecha crítica se circunscribe al mes de Octubre de 1997.

La segunda “fecha crítica” en tanto, es aquella en que el CIADI procede a registrar la solicitud de arbitraje que las partes interesadas le han hecho llegar, en el acto jurídico que entre sus efectos tiene el de dar inicio formalmente al proceso de arbitraje regulado por su respectivo convenio; en el caso concreto, el CIADI registró la solicitud de arbitraje relativa al “Caso Clarín” el 20-04-1998. Cabe hacer notar aquí, que si bien las “fechas críticas” se encuentran reguladas en el Convenio CIADI con el objeto de determinar la nacionalidad del inversionista que tiene una diferencia relativa a inversiones con el Estado receptor; lo claro que ambas fechas críticas contienen a la vez una importancia procesal imposible de soslayar; ya que en el caso de la primera fecha, se hace referencia en virtud de ella, a la ocasión en que ambas partes han manifestado su voluntad de recurrir al arbitraje, aspecto que resulta esencial respecto de cualquier procedimiento de éste tipo, sea que corresponda a un litigio interno o

internacional; un presupuesto fundamental de un arbitraje es que las dos partes se muestren contestes en poner fin a un conflicto suscitado entre ellas por medio de la resolución de un tribunal arbitral, así por ejemplo, en el derecho chileno, las partes generalmente declaran su voluntad de recurrir a un arbitraje por medio de un acto jurídico celebrado con dicha finalidad que se llama “compromiso”, o bien mediante una de las cláusulas de algún contrato que las liga con anterioridad, en virtud de la cual los contratantes habían acordado previamente la solución de controversias a través de un juicio arbitral.

Sobre las implicancias procesales de la segunda fecha crítica, podemos decir que el registro de la solicitud de arbitraje es el acto jurídico en virtud del cual se radica (al menos transitoriamente) la resolución del conflicto relativo a inversiones, en un Tribunal de Arbitraje designado para éstos efectos por el Centro, el que substanciará un procedimiento y dictará su laudo en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio CIADI; si hacemos un símil con nuestro derecho interno, podemos decir que la segunda fecha crítica permite que se encuentre “trabada la *litis*”, ya que en su virtud se configuran y concretan los 3 elementos esenciales del proceso, a saber; el Tribunal (de Arbitraje), las partes (los 2 demandantes y Chile como estado demandado) y el conflicto (una diferencia relativa a inversiones en los términos del art. 25 del Convenio CIADI). Todo lo dicho no obsta a que ocurra lo que en el caso concreto ocurrió, es decir, que la República de Chile interpusiera una excepción de incompetencia del tribunal, por entender que su contraparte no cumplía con los requisitos para

interponer la acción arbitral que presentó, en el entendido de que tanto el consentimiento de la parte demandada, como su pleno conocimiento de la misma, se presumen al formar parte el estado de Chile, de los regímenes internacionales establecidos por el APPI España-Chile y el Convenio CIADI; con todo, si la República es derrotada en su excepción de incompetencia, los efectos del procedimiento se consolidan retroactivamente a la fecha del registro de la solicitud de arbitraje; otros ejemplos de efectos relacionados con la segunda fecha crítica es la interrupción de plazos de prescripción o caducidad, de las acciones y derechos alegados por el actor, sólo en virtud del registro de la solicitud de arbitraje, puede entenderse que existe un verdadero requerimiento y por tanto, éstos términos han dejado de correr.

Volviendo a la norma del artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI, consideramos necesario poner de manifiesto la interpretación correcta respecto del criterio de nacionalidad en relación con las fechas críticas, las cuales reciben un tratamiento de **requisitos copulativos** por parte del Convenio, es decir, la norma en comento prescribe que el inversionista debe tener la nacionalidad de otro estado contratante **en ambas fechas críticas**, lo que se deduce del empleo de la conjunción “y” entre cada una de las estudiadas épocas establecidas por el Tratado, por lo que cabe concluir, *a contrario sensu*, que si en una de las fechas críticas, el inversionista no tiene la nacionalidad de otro estado miembro del Convenio CIADI, debemos interpretar que el inversionista no cumple el requisito de nacionalidad establecido por éste instrumento

internacional. En la parte final del art. 25 (2) (a) del Convenio, se establece una regla supletoria muy importante, según la cual, el requisito de nacionalidad no comprenderá “en ningún caso” a las personas que en cualquiera de las fechas críticas tenga también la nacionalidad del estado receptor de la inversión; al respecto, los autores observamos, en primer lugar, que la regla supletoria viene a ratificar lo señalado anteriormente sobre el carácter copulativo de las fechas críticas, ya que el convenio indica claramente que si el inversionista ostenta la nacionalidad del estado receptor “en cualquiera de ambas fechas” no podrá cumplir con la nacionalidad requerida para obtener la protección del Convenio CIADI.

Así por ejemplo, si un inversionista consiente en recurrir al arbitraje del centro, y en el lapso de tiempo que media entre el consentimiento y el registro de la solicitud de arbitraje, éste sujeto se nacionaliza en el Estado receptor; dicho acto tendrá por efecto que el inversionista haya dejado de cumplir el requisito de nacionalidad del Convenio CIADI y el Tribunal de Arbitraje se vea obligado a declarar su incompetencia para conocer del asunto y lo mismo ocurrirá en el caso del inversionista nacional del Estado receptor, que luego de consentir en el arbitraje y por cualquier motivo o causal, dejase de tener dicha nacionalidad antes del registro de la correspondiente solicitud. En resumen, si el inversionista es nacional del estado receptor en alguna de las fechas críticas, su inversión no será considerada como extranjera para efectos del Convenio CIADI; y a este respecto, para los autores resulta evidente que la intención de los estados

miembros del Convenio CIADI, es que las disposiciones del tratado protejan los intereses, tanto de inversionistas como de los Estados, en el escenario de que entre ambas partes no exista ningún tipo de relación o vínculo ajeno a la inversión, en efecto, consideramos que la intención del tratado es regular las relaciones entre los estados y los inversionistas, estrictamente en lo referente a sus respectivas inversiones (en ese sentido debe entenderse también la frase “diferencia relativa a inversiones” del mismo art. 25) descartando por ende, cualquier sentimiento de identificación o pertenencia del inversionista, para con el Estado cuyo territorio sirve de espacio físico para la explotación del negocio; éste vínculo de índole emocional entre un sujeto y un estado; generalmente se manifiesta en términos legales a través de la nacionalización, y esa es precisamente la relación jurídica que el Convenio CIADI **no pretende regular**, ya que en tal caso, la comunidad adscrita a éste instrumento, entiende que el conflicto relativo a la inversión puede solucionarse a través de la jurisdicción interna del estado receptor.

Como corolario de la reflexión anterior, se presenta aquella interpretación irrefutable sobre la denominada “norma supletoria” del requisito de nacionalidad del Convenio CIADI, que apunta claramente a los inversionistas acogidos a un CDN al utilizar la voz “también” en la parte referente a la nacionalidad del estado sede de la inversión. Pero atención, aunque parezca obvio, debemos recordar que, no cualquier inversionista que se encuentre acogido a un Convenio de Doble Nacionalidad quedará automáticamente fuera de la

protección del Convenio CIADI, sino solamente aquellos inversionistas de Doble Nacionalidad, **en que una de sus nacionalidades sea la del estado receptor**, sin importar si ésta nacionalidad corresponde a la de su nacimiento, o si es la segunda en ser adquirida; si es su nacionalidad efectiva (dominante) o no; nada de eso interesa, la regla es clara; si una de las nacionalidades del inversionista es la del estado receptor, aunque sólo lo sea formalmente, su negocio “en ningún caso” será considerado como inversión extranjera por el Convenio CIADI.

Sobre éste punto y antes de continuar, consideramos oportuno realizar una observación que aplica los principios estudiados al caso concreto; en efecto, los autores hemos llegado a la más profunda convicción de que, al momento de comprar el diario “El Clarín” en 1972, el sr. Pey no tenía intención alguna de que su negocio se considerara como inversión extranjera, ni se sentía en calidad de inversionista extranjero respecto de ninguno de los negocios que inició en Chile, como para solicitar la protección del ordenamiento jurídico internacional en la materia; sino que se obligaba y gozaba de los mismos derechos que cualquier otro inversionista nacional.

A mayor abundamiento, bueno es recordar la manera en que Víctor Pey llega a nuestro país a fines de los años 30' (en calidad de exiliado) y también que su permanencia en nuestro territorio se extendió hasta 1973; época en que tuvo que vivir un exilio por segunda vez; sin embargo, una vez terminado el régimen

militar el sr. Pey regresa a vivir en nuestro país con el propósito de obtener de parte de los gobiernos democráticos de Chile, una reparación los perjuicios patrimoniales sufridos anteriormente, sin resultados. De la narrada experiencia personal del sr. Pey, es posible reconocer un especial vínculo afectivo, de pertenencia y permanencia de su parte hacia la República de Chile -y no meramente de orden mercantil como pretende la regulación del Convenio CIADI- y una prueba de lo dicho es que, durante su primera estadía en el país, el demandante se nacionalizó chileno sin perder su calidad de español, en virtud del CDN España-Chile, tratado bilateral que recién había entrado en vigencia; lo que revela el ánimo del sr. Pey, quien definitivamente no veía a Chile como mero nicho de negocios, sino que sentía a nuestra República como su país.

En consecuencia con lo anterior, los autores consideramos que Víctor Peyno hace más que buscar beneficios de un régimen jurídico internacional en materia de inversión extranjera que, (en principio) no estaba pensado para ofrecer su protección a sujetos en su condición. Sin embargo, los autores tampoco vemos mala fe o intenciones de enriquecerse más de lo debido por parte del sr. Pey; simplemente el actor está buscando obtener de la jurisdicción internacional, la justa reparación por un daño patrimonial sufrido a manos de Chile, Estado que en los últimos años se ha negado sistemáticamente a indemnizarle en circunstancias de que el hecho dañoso ha sido reconocido por la propia República en diversas instancias.

La reflexión anterior es traída colación, porque los autores estamos ciertos en el hecho de que, como bien ha señalado la parte demandada; la pretensión del ciudadano Víctor Pey sobre su paulatina “desnacionalización” de Chile, culminada (según los demandantes) con anterioridad a las fechas críticas, es un intento algo artificioso de los actores, pero legítimo a nuestro parecer, por otorgar competencia a un Tribunal Internacional de Arbitraje que en principio no la tiene, sin embargo, exculpamos completamente a los demandantes de toda intención fraudulenta que la República pueda alegar en su contra, ya que, entendemos que el único responsable de que la controversia haya trascendido a la jurisdicción interna de nuestro país, es el propio estado de Chile, al no otorgar –como veremos- una debida y oportuna respuesta a las pretensiones indemnizatorias hechas valer por los demandantes; los que, ante tal escenario, sólo les quedaba ejercer sus derechos en la forma que les fuera posible y optaron así, por recurrir a la justicia internacional.

En efecto, ante la falta de respuestas en la jurisdicción interna de nuestro país, los actores tomaron el único camino que les quedaba, y para ello, es del caso destacar que han elaborado una brillante teoría jurídica para establecer las bases de la competencia del Tribunal de Arbitraje, la que se tradujo en vestir con trajes de inversión extranjera una transacción que en su momento fue realizada y pensada meramente como una inversión nacional. La segunda parte

de lo que llamaremos la “Doctrina Garcés”⁴, es lo que será estudiado en éste capítulo, es decir, la teoría de la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena por parte de Víctor Pey, en una época en que nuestra Constitución Política no la contemplaba dentro de las causales de pérdida de la nacionalidad, como sí lo hace a partir del año 2005, más adelante retomaremos éstas consideraciones.

Ahora nos encargaremos de la interpretación del art. 25 (2) (a) efectuada por los Directores Ejecutivos del CIADI, quienes concluyen que la exclusión de los dobles nacionales que cuenten con la nacionalidad del Estado receptor es una incapacidad absoluta para ser parte del procedimiento de arbitraje, que no puede ser subsanada siquiera en el caso de que el propio estado receptor consienta recurrir al arbitraje a sabiendas de la irregularidad en la que incurre su contraparte. Los autores consideramos que, por el sentido que los directores han otorgado a la regla, nos encontramos frente una norma de orden público internacional en materia de inversión extranjera, que vela por el interés colectivo de todos los estados miembros que forman la comunidad del CIADI y sus inversionistas; y no sólo por el interés particular de un inversionista extranjero o del estado receptor de la inversión, implicados en eventual un conflicto en particular.

En el ejercicio de comparar la citada interpretación con alguna institución de nuestro derecho interno, los autores concluimos que son útiles para éste caso

⁴En alusión a Joan Garcés, abogado de Víctor Pey en el arbitraje, el verdadero creador de ésta teoría

las disposiciones de nuestro Código Civil (artículos 1446 y 1447) y la teoría desarrollada por la doctrina nacional en materia de capacidad. En efecto, consideramos que los ejecutivos del CIADI, al interpretar la norma supletoria del art. 25 (2) (a) del Convenio, la han entendido como una regla de **incapacidad absoluta**, debido a que la solicitud efectuada por un inversionista impedido por la regla no producirá finalmente ningún efecto jurídico; ello en cuanto a los efectos de la norma, ya que en cuanto a su naturaleza, los autores tenemos la certeza de que se trata de una norma de **incapacidad especial**, porque establece una prohibición específica y particular a ciertos inversionistas (Dobles Nacionales implicados) de realizar ciertos actos determinados (recurrir a la jurisdicción del CIADI).

Finalmente, y como bien recalca el Tribunal de Arbitraje, los efectos que ha provocado el hecho de que Víctor Pey se haya acogido, en 1958 a Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile, significa que: a) A partir de ese momento, será una de éstas nacionalidades la que tenga plena eficacia; como indica el preámbulo del CDN España-Chile b) El ejercicio de sus derechos civiles y políticos se regirá por la ley del estado de su domicilio, como indica el art. 3 del CDN, mientras que el art. 3.2 hace prevalecer la legislación del estado del domicilio, por sobre la del estado de su otra nacionalidad, c) Según el art. 4 del CDN, el domicilio se presume establecido en el Estado de la segunda nacionalidad adquirida. En otras palabras, las letras a), b) y c) anteriores apuntan al mismo hecho, Víctor Pey junto con adquirir la nacionalidad chilena,

también se obligó, en el año 1958 a que sea la chilena su nacionalidad eficaz y preponderante sobre su nacionalidad de origen (española) y las leyes que a partir de ese momento le serían aplicables, no son otras que las que forman parte del derecho chileno.

Finalmente, cabe señalar que los demandantes señalan que entre 1973 y 1997, este estatuto jurídico al que se encontraba sujeto el sr. Pey, varió y que ya al momento de la primera fecha crítica, el demandante ya no contaba con su segunda nacionalidad adquirida, ya sea por haber sido despojado de ella, o por haber renunciado a la misma en forma unilateral y válida; mientras que la República replica indicando que la situación de Doble Nacional del sr. Pey se mantuvo sin variaciones hasta las fechas críticas inclusive. Al respecto, los autores comentamos *a priori* que la carga de la prueba en ésta controversia claramente la tienen los demandantes, ya que son ellos los que deben demostrar que, en algún momento, la nacionalidad preponderante del sr. Pey pasó a ser la española, más bien que pasó a ser la única, lo que implica su cambio de domicilio y eficazmente haber dejado de sujetarse a las leyes chilenas, para que sólo las normas hispanas le fueran obligatorias.

II. La cuestión sobre la presunta privación por parte de Chile, de su nacionalidad al sr. Pey

1. Enumeración de Objetivos

- a) Respecto de los actos cometidos por las autoridades chilenas el año 1973, determinar si devengan o no, en una privación de la nacionalidad chilena de Víctor Pey.
- b) Concluir si el hecho de entregar un salvoconducto para abandonar el país, implica un reconocimiento oficial de Chile, que el sr. Pey ha perdido su nacionalidad chilena.
- c) Identificar qué hechos, de acuerdo a la legislación nacional de la época, configuran la pérdida o despojamiento de la nacionalidad chilena respecto de sus ciudadanos.

2. La Controversia⁵

a) Posición de las partes

De acuerdo a los demandantes, Víctor Pey habría perdido su nacionalidad chilena como consecuencia del golpe militar del 11-09-1973; tras un allanamiento de los militares a las oficinas del diario “El Clarín” el día 14-09-1973, el sr. Pey, temiendo por su vida, buscó refugio en la embajada de

⁵ LAUDO, (pp. 84-90)

Venezuela en Santiago. Luego de esto, las autoridades chilenas habrían denegado la renovación de su pasaporte en fecha que no se precisa en el arbitraje, ya que el documento había expirado en diciembre de 1971; y según los actores, esta denegación equivaldría de facto a una “desnaturalización” o “desnacionalización”, es decir, una privación de la nacionalidad chilena de Víctor Pey, por parte de las autoridades militares, no obstante lo anterior, el 27-10-1973, las autoridades chilenas otorgaron un salvoconducto a Víctor Pey, junto con otras personas, en virtud del cual abandonó Chile con destino a Venezuela, donde estableció su residencia.

El Tribunal de Arbitraje resume la posición de los demandantes señalando que en septiembre de 1973, el sr. Pey habría perdido la nacionalidad chilena debido al comportamiento de las autoridades militares, quienes se negaron a otorgarle los derechos establecidos por Convenio de Doble Nacionalidad, como por ejemplo; impidieron la renovación de su pasaporte, le declararon en rebeldía (respecto de un procedimiento tributario iniciado en su contra), lo que a juicio de los actores no tiene otra lectura que haberle negado su condición de nacional chileno.

La parte demandada en tanto, señala que Víctor Pey había conservado la nacionalidad chilena en las fechas críticas, ya que la “desnaturalización” no estaba contemplada en el Derecho chileno como causal de la pérdida de la nacionalidad y que los actos cometidos por el régimen militar en 1973 no habían

tenido por efecto la privación de la nacionalidad chilena de ninguna de sus víctimas. Según la parte demandada, bajo el derecho chileno, el retiro de la nacionalidad por parte de las autoridades chilenas estaba sujeto al cumplimiento de una serie de formalidades -en particular, la dictación de un Decreto Supremo- las que en el caso concreto no se cumplieron, por lo que, deduce la República, que el sr. Pey no fue privado de su nacionalidad chilena.

b) Resolución del Tribunal de Arbitraje

Comienza su intervención el Tribunal, indicando que el problema jurídico planteado consiste en poder determinar si el comportamiento de las autoridades militares chilenas constituyen o no, un retiro o privación de la nacionalidad. Luego, el Tribunal de Arbitraje cita el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la preocupación situación de los derechos humanos, el cual analiza de manera pormenorizada el derecho a tener una nacionalidad y no ser privado de ella en forma arbitraria. Según el mentado informe, el artículo 6° de la Constitución Política de 1925, vigente en Chile el año 1973, indica que la nacionalidad chilena sólo podría perderse en tres casos; primero, en caso de nacionalización en un país extranjero, en segundo lugar; en el caso de anulación de los instrumentos de nacionalización y finalmente; en caso de prestar servicios a los enemigos de Chile o sus aliados durante una guerra.

Respecto a la primera causal, el Tribunal aprecia que el CDN España-Chile ha tenido el efecto de modificarla, ya que dicho tratado autoriza expresamente a

los nacionales chilenos a conservar su nacionalidad de origen al momento de obtener la nacionalidad española; respecto a las restantes dos causales, el órgano arbitral interpreta que no se han aplicado al caso concreto. No obstante lo anterior y aunque ninguna de las tres causales fuera aplicable al presente caso, aun cabe preguntarse, para el Tribunal de Arbitraje, si en el caso concreto, las autoridades militares chilenas habrían privado, mediante sus actos, a Víctor Pey de su nacionalidad chilena.

De acuerdo a la ley chilena – prosigue el Tribunal- el comportamiento de las autoridades militares chilenas, por arbitrario o chocante que pueda parecer para don Víctor Pey, no permite extraer conclusión alguna respecto a la pérdida de ésta nacionalidad o a su mantenimiento; el órgano sentenciador declara que entre los numerosos documentos que se encuentran en el expediente, no es posible encontrar ninguna prueba formal de la presunta privación de la nacionalidad chilena por medio de un acto de autoridad. Otra controversia resulta de la pretensión hecha valer por los demandantes, en orden a si, el otorgamiento de un salvoconducto por parte del régimen militar al sr. Pey, puede o no interpretarse como un reconocimiento formal, aunque implícito, de la pérdida de la nacionalidad y el Tribunal declara que la respuesta sólo puede ser negativa; ya que para los árbitros, la entrega de salvoconductos no está relacionada con la situación de apátrida del exiliado, sino que en general, caracteriza a una situación de conflicto, sin importar la nacionalidad del perseguido.

El Tribunal concluye que, por muy reprochables que hayan sido las violaciones y arbitrariedades cometidas por el régimen militar de Chile en 1973, los demandantes no fueron capaces de demostrar que estos actos hayan significado la privación de pleno derecho, de la nacionalidad chilena de Víctor Pey; en opinión de los sentenciadores, el informe experto presentado por el profesor Dupuy ha acertado en su conclusión: "... el hecho de que un Estado no ejerza su protección respecto a uno de sus nacionales no tiene ninguna importancia en cuanto al mantenimiento o negación por parte de ese mismo Estado de la nacionalidad al ciudadano (...) Esto simplemente no tiene nada que ver; el nexo entre que Chile no ejerza su protección con respecto al señor Pey Casado y la eventual negación de su nacionalidad chilena aparece simplemente desprovista de toda pertinencia jurídica".⁶ Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje constata que el sr. Víctor Pey no fue privado de la nacionalidad chilena por los actos cometidos por la República de Chile en 1973.

3. Nuestra Opinión

Los autores queremos comenzar nuestro comentario citando un concepto de nacionalidad establecido por la doctrina nacional; así, siguiendo a Carlos Ducci, entendemos a la nacionalidad como aquél atributo de la personalidad que consiste en "...el vínculo jurídico que une a una persona con Estado

⁶Informe Experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, en apoyo a CONTESTACIÓN, (p.21), citada en LAUDO, (p. 90)

determinado”⁷; el mismo autor advierte que, como todo vínculo jurídico, éste supone derechos y obligaciones recíprocas entre los dos sujetos involucrados; por un lado el Estado; y por el otro el individuo; el que para éstos efectos toma el nombre de “nacional”. El mismo autor indica que éste vínculo crea y presupone la existencia de deberes y derechos entre ambos; y entre los deberes del nacional, que a la vez son derechos del Estado; el autor señala que generalmente se encuentran establecidos en la Constitución y las leyes.

Respecto al primer tópico suscitado en el arbitraje, relativo a la ley aplicable en materia de nacionalidad; los autores podemos apreciar que las partes se mostraron de acuerdo en que la normativa aplicable en materia de nacionalidad, es la respectiva ley del estado que otorga la nacionalidad correspondiente; es decir, si en el caso concreto, la discusión radica sobre el mantenimiento o la pérdida de la nacionalidad chilena; es natural y obvio que la legislación aplicable a la controversia, sea el derecho chileno. Ésta fue la firme posición de la parte demandada que no fue controvertida por los actores, los que sólo se limitaron a agregar que no obstante aquello, la cuestión igualmente se sujeta a los principios del derecho internacional, y que un tribunal internacional, como es el caso del Tribunal de Arbitraje en el presente caso, debe reservarse su poder de apreciación sobre éste punto; los autores interpretamos esta pretensión de los actores como una solicitud al Tribunal de Arbitraje de que interprete y

⁷DUCCI C. Carlos, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4° ed., 2009 (p. 124)

aplique el derecho chileno al caso concreto; pero que en primer lugar, no se base exclusivamente en ello para tomar su decisión (de ahí proviene la alusión a los principios del derecho internacional) y en segundo lugar, los actores pretenden que a la hora de apreciar la prueba y aplicar la norma nacional; el órgano arbitral no necesariamente siga el criterio rígido y formalista que sugiere la República; sino que se abra convaldar ciertas situaciones o hechos concretos que no se encuentran expresamente contemplados en la Constitución y leyes chilenas; pero que a juicio de los demandantes sí les serían aplicables; en otras palabras, los demandantes no hacen otra cosa que apelar al criterio del Tribunal de Arbitraje, para que declare la validez de sus alegaciones (ya se la privación de la nacionalidad; o bien la renuncia voluntaria a la misma), usando un criterio diferente – más flexible- al que usaría un tribunal interno de Chile.

El Tribunal de Arbitraje en tanto, sólo vino a ratificar la pretensión de la parte demandada, citando un caso internacional, en el que el respectivo órgano jurisdiccional declaró que, compete a todo estado soberano resolver conforme a su propio derecho la adquisición de su nacionalidad, en virtud de que los principios del Derecho Internacional entregan a cada Estado la facultad de administrar los atributos correspondientes a su propia nacionalidad. A la misma conclusión, llegan otros tratados internacionales citados en su momento por el Tribunal de Arbitraje, como el Convenio de la Haya de 1930 sobre la materia y también indican lo propio las interpretaciones de los mismos, como fue el caso de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

Los autores estamos plenamente de acuerdo con la demandada en éste punto, la norma aplicable a las cuestiones relativas a la nacionalidad chilena del sr. Pey, no puede ser otra que la ley chilena; ya que esto equivale a hacerse la pregunta ¿Cuál es la legislación a la que corresponde determinar quién es chileno, desde cuando, por qué motivos y en qué casos dejará de serlo? Por lo tanto, no cabe duda de que todas estas interrogantes sólo pueden ser respondidas mediante la aplicación del derecho chileno y no exclusivamente por normas del derecho internacional y menos por la legislación comparada; la única excepción que podría establecerse a éste principio es que el propio Estado de Chile, haciendo uso de su soberanía, delegue ésta facultad mediante la firma de diversos tratados de Derecho Internacional, y en el caso concreto podría jugar un papel relevante el CDN España-Chile, por lo que parece conveniente en éste punto, analizar algunas de sus disposiciones.

Como se señaló por el Tribunal de Arbitraje, el preámbulo del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile, en su numeral 4° señala: “Que no hay ninguna objeción jurídica para que una persona pueda tener dos nacionalidades a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a que está sujeta.” El destacado es nuestro, y lo empleamos para dejar en evidencia de que, la condición en virtud de la cual los estados contratantes permiten que un nacional suyo adquiera también la nacionalidad del otro sin perder la de su origen; es que sea una de de éstas nacionalidades la que prevalezca por sobre la otra; lo que implica

necesariamente, que la legislación a la que el doble nacional se encontrará sujeto en adelante es la de su nacionalidad dominante, pues bien, los autores interpretamos que dicha sujeción incluye (desde luego) la aplicación al doble nacional, de las normas sobre adquisición y pérdida de su nacionalidad dominante; en el caso concreto, el sr. Pey al adquirir su nacionalidad chilena en virtud del CDN España-Chile, se está obligando a sujetarse a las reglas del derecho chileno relativas a la adquisición y pérdida de su nacionalidad chilena, lo que conduce a la inevitable conclusión, de que son las normas del derecho chileno las únicas que pueden determinar las cuestiones relativas a la nacionalidad chilena de Víctor Pey y de cualquier persona que tenga la calidad de chileno.

Hecho este aporte a lo ya oleado y sacramentado en el arbitraje, corresponde indicar y analizar las normas más importantes del derecho chileno que se refieren al tema de la nacionalidad; así, la norma más antigua y vigente que regula éste tópico, es el artículo 56 del Código Civil, la que señala: “Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros” como podemos ver, el cuerpo legal que regula las relaciones entre particulares, como es el código de Bello, encarga la tarea de determinar quienes tienen la nacionalidad chilena a la norma fundamental y más importante de nuestro ordenamiento, que no es otra que la Constitución Política de la República. En el caso concreto del sr. Pey, al haber adquirido la nacionalidad chilena en el año 1958, corresponde examinar la carta fundamental vigente en

aquel año, es decir, la Constitución de 1925, la que en su artículo 5 indica “Son chilenos:1.o Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que podrán optar entre la nacionalidad de sus padres y la chilena;2.o Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, hallándose el padre o la madre en actual servicio de la República, son chilenos aun para los efectos en que las leyes fundamentales, o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;3.o Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente su nacionalidad anterior, y4.o Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

En el caso concreto, podemos apreciar que ninguna de las causales antes citadas se aplica directamente a la nacionalización en virtud del CDN España-Chile a la que se acogió el sr. Pey, no obstante, la más cercana es la contenida en el numeral 3º, ya que hasta ese momento, el demandante era extranjero y se acogió a un proceso de nacionalización vigente en nuestro ordenamiento jurídico y plenamente aplicable a su situación, en virtud del cual se le otorgó la nacionalidad chilena a través de un Decreto Supremo, el que jurídicamente equivale a la “carta de nacionalización” señalada en la comentada disposición constitucional. En cuanto a la parte final del numeral, sabemos que el CDN establece una excepción a dicha norma, ya que precisamente el objeto del

Convenio de Doble Nacionalidad es que el nacional de uno de los estados contratantes, pueda adquirir la nacionalidad del otro sin que por ello pierda su nacionalidad de origen, por lo tanto, en virtud del CDN, Víctor Pey se transformó en chileno por carta de nacionalidad, tramitada de acuerdo al mentado tratado bilateral vigente en Chile, el cual le permitía adquirir la nacionalidad chilena sin necesidad de renunciar a su nacionalidad española.

En cuanto al derecho privado, el artículo 57 del Código Civil establece que: “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla éste Código” debemos señalar que éste principio tiene muy pocas excepciones en nuestra legislación civil; una de ellas es la extraterritorialidad de la ley a los chilenos que establece el artículo 15 del mentado cuerpo legal, al igual que su art. 998, el que entrega cierta protección a los chilenos en la sucesión de un extranjero, ya sea que se abra dentro o fuera del territorio de la República. Respecto de la pérdida de la nacionalidad chilena, la norma aplicable a la presente alegación del sr. Pey, sería el art. 6° de la Constitución de 1925, norma que en lo pertinente prescribe lo siguiente: “La nacionalidad chilena se pierde: 1.o Por nacionalización en país extranjero, salvo en caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1° y 2° del artículo anterior que hubieren obtenido la nacionalidad en España sin renunciar a su nacionalidad chilena; 2.o Por cancelación de la carta de nacionalización, de la que podrá reclamarse dentro del plazo de diez días ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado. La interposición de este recurso

suspenderá los efectos de la cancelación de la carta de nacionalización. No podrá cancelarse la carta de nacionalización otorgada en favor de personas que desempeñen cargos de elección popular, y 3.º Por prestación de servicios durante una guerra, a enemigos de Chile o de sus aliados” Como analizaremos un poco más adelante, el Tribunal de Arbitraje bien señala que ninguna de las causales de pérdida de nacionalidad señaladas en el texto constitucional, es aplicable a la privación de nacionalidad pretendida por los demandantes.

Pero antes de continuar, quisiéramos hacer un breve estudio sobre el concepto de nacionalidad y también el de ciudadanía, que si bien no se menciona en el CDN España-Chile, los autores entendemos que sus disposiciones se refieren a él en forma tácita; lo que haremos un análisis sobre éstas instituciones en relación con lo dispuesto en dicho tratado bilateral que rige la nacionalidad de Víctor Pey. Como mencionábamos anteriormente, la nacionalidad podemos entenderla como un vínculo jurídico que liga a una persona con un Estado determinado y su origen etimológico proviene del latín *natío* que significa “nación”; el que a su vez deriva de la voz *nascere* también latina cuyo significado es nacer, es decir, el elemento gramático de la nacionalidad nos permite concluir que la nacionalidad es un término que se encuentra íntimamente ligado al sentimiento de pertenencia o identificación con el grupo humano y el lugar en que se produce el nacimiento de una persona; los que en principio se englobaban en la voz “nación” y posteriormente en la institución jurídica del Estado.

Lo anterior nos conduce a aquello que se denomina como las “fuentes de la nacionalidad” las cuales se clasifican en dos grupos, a saber; las fuentes originarias y las fuentes derivativas; donde las primeras sitúan la nacionalidad en el momento del nacimiento de la persona; ya sea por haberse producido en el territorio del estado respectivo (*Ius solis*), o por haber heredado la misma nacionalidad que sus padres (*Ius sanguinis*); en tanto que las segundas consisten en la adopción de una nacionalidad en reemplazo de una anterior. Como vimos anteriormente, los artículos 5° y 6° de la Constitución de 1925 son los aplicables a la nacionalidad chilena del sr. Pey en 1973, fecha en que comenzaron los actos que los actores denuncian como presuntamente privativos de ésta nacionalidad.

La ciudadanía en tanto, es aquella calidad otorgada por la Constitución Política de un país, a los nacionales del correspondiente estado que consiste en la posibilidad de ejercer derechos públicos otorgados por estado, como el derecho a sufragio, así como también a postular a cargos de elección popular dentro del Estado, además de otros derechos y facultades generalmente de orden político establecidos en la propia constitución y las leyes. En Chile, la actual constitución regula la ciudadanía en su artículo 13, norma que reserva la calidad de ciudadano a los chilenos que cumplan los requisitos establecidos en ese artículo; en cuanto a los extranjeros, el art. 14 establece una posibilidad de que puedan tener derecho a sufragio, lo que no debe conducir a confusiones, sólo los chilenos pueden ser ciudadanos; en cuanto a la época de

nacionalización del sr. Pey, la Constitución de 1925 establecía una regla muy similar, sin hacer mención alguna a los extranjeros, todo esto nos lleva a la conclusión de que, al menos en Chile, se puede tener nacionalidad sin ciudadanía, pero no al revés.

Hecha ésta precisión, corresponde analizar ahora la situación de doble nacionalidad de Víctor Pey de acuerdo a las normas del propio Convenio de Doble Nacionalidad celebrado entre Chile y España en 1958; así, el artículo tercero de éste tratado señala en lo pertinente: “el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la ley del país donde se hayan domiciliado (...) Los súbditos de ambas Partes Contratantes a que se hace referencia no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de naturales de las mismas, sino sólo a la de aquélla en que tengan su domicilio (...) El ejercicio de los derechos civiles y políticos regulado por la ley del país del domicilio, no podrá surtir efectos en el país de origen si ello lleva aparejada la violación de sus normas de orden público”. En tanto que el artículo cuarto indica “A los efectos del presente Convenio se entiende adquirido el domicilio en aquel país en que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo.”

Como podemos apreciar, el CDN España-Chile establece que el doble nacional, si bien conserva su nacionalidad de origen; será sólo una de sus

dos nacionalidades, la que determinará la sujeción del beneficiado a los derechos públicos, políticos y civiles de uno sólo de Estados de los que es nacional, en desmedro del otro, y el criterio para determinar el régimen correspondiente es el domicilio, el que, en virtud de lo dispuesto en el artículo cuarto, se presume establecido en el Estado en que beneficiario del CDN ha adquirido su segunda nacionalidad, la que en el caso de Víctor Pey corresponde a Chile. Al respecto, debemos recordar que no debe confundirse el domicilio con la residencia; mientras ésta última es la permanencia física de una persona en un determinado lugar en forma permanente o habitual; el domicilio; según el art. 59 del Código Civil es la residencia, acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella y se clasifica –según la misma norma- en domicilio político y civil; para éstos efectos, sólo nos interesa el domicilio político, el cual define el art. 60 del Código de Bello como el “relativo al territorio del Estado en general. El que lo adquiere es, o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve su calidad de extranjero”

En el caso concreto, el sr. Pey ha adquirido la nacionalidad chilena, por lo tanto, según éstas normas ha fijado su domicilio en Chile y por ende, se ha obligado a obedecer las leyes chilenas, en desmedro de las españolas. Además, para los autores esto quiere decir, que en el caso concreto, que el sr. Pey al nacionalizarse chileno de acuerdo al Convenio de Doble Nacionalidad, si bien no ha perdido su nacionalidad española, **sí ha dejado de ser ciudadano**

español, para pasar a ser ciudadano chileno, entre otros efectos ya mencionados en las normas del CDN citadas.

En cuanto al fondo de la controversia suscitada en ésta parte del Arbitraje, los autores nos mostramos de acuerdo con la parte demandada y el Tribunal de Arbitraje, en el sentido de que, por muy reprochables que resulten los actos ilegales, arbitrarios y constitutivos de violaciones a los derechos humanos; cometidos en 1973 por el régimen militar chileno en contra de Víctor Pey, no puede concluirse, necesariamente, que todo esto haya significado una **privación de su nacionalidad chilena**. Las razones para llegar a dicha conclusión son las siguientes: en primer lugar; como indica el viejo aforismo jurídico: “en el derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen” efectivamente, si el sr. Pey adquirió la nacionalidad chilena en virtud de la dictación de un Decreto Supremo, lo razonable es pensar que si el deseo de las autoridades militares era despojar al demandante de su nacionalidad chilena, hubiesen concretado su objetivo publicando una norma jurídica similar que así expresamente así lo indicara; lo que en el caso concreto no se produjo, como sí ocurrió por ejemplo, respecto de las expropiaciones de sus bienes, las que alcanzaron -recordemos- no sólo a la Universalidad Jurídica del diario “El Clarín”, sino también a gran parte del patrimonio personal del sr. Pey, situado en Chile; por lo tanto, al no dictarse por los militares, una norma que tuviera la fuerza jurídica de derogar (expresa o tácticamente) el Decreto Supremo que

nacionalizó como chileno al sr. Pey, es lógico interpretar que al menos, **dicha nacionalidad no se extinguió por un acto de autoridad.**

En segundo lugar y en relación con lo anterior, al ser la nacionalidad una institución jurídica de Derecho Público, regulada como tal en la Constitución Política de la República, las normas que reglamentan su adquisición y pérdida son de Derecho Estricto, las cuales deben interpretarse y aplicarse únicamente a los casos expresamente señalados por la norma, sin que proceda jamás su aplicación por analogía. En consecuencia, la única forma de despojar al sr. Pey de su nacionalidad chilena en 1973, era de acuerdo a la causal correspondiente, sobre de pérdida de la nacionalidad establecida en el numeral 2 del artículo 6 de la Constitución de 1925; es decir, por cancelación de la carta de nacionalización; acto que en el caso concreto debía ejecutarse mediante la dictación de un Decreto Ley o una norma similar que expresamente así lo ordenara; en otras palabras, la pérdida de la nacionalidad, al ser una institución de derecho público regulada en la Constitución chilena, no se presume ni se interpreta, sino que debe hacerse efectiva sólo en la forma prescrita la constitución o la ley; ya que es la única manera de que exista certeza jurídica al respecto.

Finalmente, los autores no desconocemos el hecho de que los actos arbitrarios llevados adelante por el régimen de facto en contra del sr. Pey tuvieron por efecto la lesión; en su esencia, de los derechos garantizados por el CDN

España-Chile al demandante. Sin embargo, al mismo tiempo creemos firmemente que hechos como la prohibición impuesta por Chile al sr. Pey de renovar su pasaporte, o el no otorgarle protección diplomática (muy por el contrario, ser perseguido por el estado de Chile), las expropiaciones y otros, legítimamente denunciados por los demandantes, **no tuvieron el mérito jurídico quitarle al actor su nacionalidad chilena**, sino que sólo provocaron un impedimento de ejecutar los derechos inherentes a ella por fuerza mayor, determinada en la cesación del Estado de Derecho en Chile desde el 11-09-1973.

Ante tal escenario, sólo cabe interpretar que, si bien el sr. Pey vio suspendidos (por fuerza mayor) los efectos jurídicos derivados de su nacionalidad chilena de acuerdo al estatuto impuesto por el CDN España-Chile, no puede entenderse que por éstos actos el sr. Pey haya sido despojado de su segunda nacionalidad, consideramos que lo correcto es entender que ésta se mantuvo, aunque en vista de los acontecimientos, era imposible tener a la chilena como la nacionalidad dominante del sr. Pey luego de 1973. No obstante, es del caso recordar que al ser doble nacional, el demandante tenía la opción de que su nacionalidad de origen, es decir, la española, tomara la posición de nacionalidad dominante de acuerdo al CDN España-Chile, sin que perdiera por ello su nacionalidad chilena, creemos que éste fue el camino finalmente adoptado por Pey luego de salir de Venezuela con destino a España, según su propia declaración presentada al Tribunal de Arbitraje.

En conclusión y por los motivos indicados, los autores consideramos que los actos efectuados por el régimen militar chileno en contra de Víctor Pey, no tuvieron por objeto el privarle o despojarlo de su nacionalidad chilena, y aunque hubieran tenido dicha intención, creemos que tampoco puede sostenerse razonablemente, que las mentadas acciones fuesen aptas para producir tales efectos jurídicos. Por lo tanto, consideramos que la pretensión de los demandantes en éste sentido es improcedente, y en el lugar de los árbitros del CIADI, también la habríamos rechazado.

III. La nacionalidad de Víctor Pey en el periodo 1974-1996

1. Enumeración de Objetivos

- a) Determinar cuál sería la nacionalidad “primaria” del demandante en éste periodo, de acuerdo a los artículos 4.2 y 4.3 del Convenio de Doble Nacionalidad y las implicancias de esto al presente caso.
- b) Establecer si el sr. Pey cumplió en tiempo y forma con las formalidades para cambiar su nacionalidad primaria encontrándose en Madrid.
- c) Aclarar si Víctor Pey modificó su nacionalidad entre 1974 y 1989.
- d) Analizar el debate sobre la finalidad del viaje del sr. Pey a Chile en 1989, el primero desde su exilio en 1973 y la situación de su nacionalidad Chilena, entre 1989 y 1996.

2. Exposición del Tribunal de Arbitraje⁸

El Tribunal de Arbitraje ha estimado conveniente examinar si la situación de la nacionalidad de Víctor Pey ha sufrido modificaciones desde 1973 hasta 1996, porque señala que las partes se han referido a éste tópico respecto al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad y han debatido sobre su presunta aplicación al caso concreto. De acuerdo al artículo 4.3 del CDN España-Chile; en caso de que una persona que goza de doble nacionalidad traslade su residencia a un tercer estado; se entenderá domiciliado, para efectos de determinar su

⁸LAUDO, (pp. 90-94)

dependencia política y normativa aplicable, en el estado que haya tenido el último domicilio de los 2 contratantes, en el caso concreto se desprendería que en la época en que el sr. Pey se mudó a Venezuela, aún conservaba su nacionalidad chilena como la primaria de acuerdo al CDN.

En tanto, el art. 4.2 indica que el domicilio del Doble Nacional sólo podrá cambiarse en caso de traslado de su residencia al otro país contratante; y en el caso concreto, el sr. Pey se trasladó a España el 31-05-1974 y se inscribió como residente en el Registro del Ayuntamiento de Madrid el 4-06-1974. El órgano arbitral concluye sobre esto que, en contra de lo pretendido por Chile, la referida inscripción de Víctor Pey produjo plenos efectos como sustitución de su nacionalidad “primaria”, en los términos del CDN España-Chile; por lo tanto desde ese momento la nacionalidad “primaria” del sr. Pey pasó a ser la española, mientras que la chilena pasó a ser su nacionalidad “secundaria”, en los términos del mencionado CDN.

Luego, el Tribunal de Arbitraje resuelve una alegación de Chile, sobre la inscripción efectuada por el sr. Pey, por no haberse transcrito en el “registro correspondiente” que ordena el CDN, y por consiguiente no habría sido válida la inscripción sino hasta el año 1996, fecha en que subsanó el vicio. Para el cuerpo arbitral este argumento carece de relevancia en el presente caso, ya que según la ley hispana, la falta de transcripción no tiene el efecto de anular la inscripción; sólo es una simple omisión que acarrea la responsabilidad

disciplinaria del respectivo funcionario; y que la fecha del registro, es la de la inscripción y no la de la transcripción.

El Tribunal consigna que el 11-06-1974, el sr. Pey obtiene un pasaporte español, luego abandona este país para regresar a Venezuela y ese mismo año, se inscribe en el consulado español de Caracas; luego el 8-01-1975 recibe una cédula de identidad de extranjero residente en Venezuela, el 10-04-1977 recibe un pasaporte español desde dicho Consulado en Caracas, válido hasta el 10-05-1979. Luego, el actor realiza un viaje desde Venezuela hacia Perú, país en el que con fecha 24-05-1977 procede a su inscripción en el Consulado español en Lima, que hace le entrega de dos pasaportes sucesivos; expirando el último en fecha 15-01-1989.

En 1988, indica el Tribunal que el sr. Pey regresa a Venezuela y el 17-11-1988 recibe un pasaporte del Consulado español en Caracas, válido hasta el 16-11-1993. El 18-01-1989, Víctor Pey renovó su cédula de identidad española y finalmente, decide viajar a Chile por primera vez desde 1973; el día 4-05-1989. Ante estos hechos, las partes se enfrascaron en la discusión de si se habría modificado la nacionalidad del actor entre 1974 y 1989, a lo que el Tribunal resuelve que no se ha alegado en el arbitraje que Pey haya trasladado en éste periodo su domicilio desde España hacia Chile, por lo que se entiende que seguía acogido al régimen de Doble Nacionalidad española y chilena, siendo la primera, su nacionalidad primaria de acuerdo al CDN.

Luego, el Tribunal se propone averiguar si se produjo un cambio de nacionalidad del actor con posterioridad a 1989; según la declaración del propio sr. Pey, sólo trató de una estadía temporal para saber sobre los títulos de CPP S.A.; sin embargo, Chile denuncia que el viaje fue con la intención fijar su residencia en nuestro país; al respecto, a partir de 1989 se producen una serie de acontecimientos de gran importancia para la cuestión de la nacionalidad del actor, entre ellos, diversas declaraciones y/o actos jurídicos celebrados por Víctor Pey en relación con su nacionalidad. Entre estos se cuenta la creación de la Fundación Presidente Allende el día 16-01-1990; que tiene a Pey como uno de sus 3 fundadores; como Doble Nacional español-chileno y luego en 1999, los estatutos de la Fundación fueron reformados, y se suprimió la mención a la doble nacionalidad del sr. Pey, para señalar al actor únicamente como chileno; El Tribunal cierra su intervención indicando que el demandante sr. Pey, continuó detentando la doble nacionalidad española y chilena, al menos hasta 1997.

3. Nuestra Opinión

La exposición del Tribunal de Arbitraje que acabamos de examinar, recorre los hechos jurídicamente más relevantes que marcaron el segundo exilio de Víctor Pey; específicamente desde el mes de junio del año 1974, cuando el demandante, estando en su país natal España, se inscribió en el Registro Municipal (o del Ayuntamiento) de Madrid y recibió una cédula de identidad de

aquel país. Cabe ahora preguntarse ¿Qué efectos jurídicos provocó éste acto del sr. Pey, respecto de su condición de doble nacional beneficiario del CDN España-Chile? Para ello debemos revisar algunas disposiciones del mencionado Convenio de Doble Nacionalidad, el cual consagra el principio de la indivisibilidad o unidad del domicilio, siendo dicho atributo de la personalidad, el que determinará aquello que Tribunal de Arbitraje denomina como “nacionalidad primaria” para hacer referencia a la situación jurídica preferente en que se encuentran las normas que determinan la nacionalidad de uno de los estados contratantes frente al derecho del otro estado parte del tratado; en la sujeción a una de estas legislaciones a la que se someterá el doble nacional; preferencia que se encuentra manifestada expresamente en el artículo tercero, del mentado tratado bilateral.

En primer lugar, el artículo segundo en su inciso primero (art. 2.1) señala en lo pertinente al caso concreto, lo siguiente: “...los españoles que hayan adquirido la nacionalidad chilena conservando su nacionalidad de origen deberán ser inscritos en el Registro de Cartas de nacionalización chileno”. Como sabemos, en el caso concreto del sr. Víctor Pey, su nacionalización como chileno se produjo en virtud de la dictación, por parte del gobierno de Chile, del Decreto Supremo N° 8054 de 1958, en el que se otorgó nuestra nacionalidad al sr. Pey de acuerdo a lo establecido en el CDN España-Chile y se inscribió en el registro nacional de cartas de nacionalización ese mismo año con lo que adquirió de pleno derecho la calidad de doble nacional chileno-español.

Los efectos de la mencionada inscripción los regula el inciso primero del artículo tercero del CDN (art. 3.1): “Para las personas a que se refiere el artículo anterior, el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de derechos civiles y políticos se regirán por la ley del país donde se hayan domiciliado...” De acuerdo a la disposición citada, en el caso concreto; el sr. Pey al nacionalizarse chileno, también adquiere la ciudadanía chilena; y en consecuencia, el ejercicio de sus derechos civiles y políticos se regirán también (y de manera preferente como veremos) por la ley chilena. Ahora bien, cabe preguntarse si el hecho de que una persona que cuente con doble nacionalidad, de acuerdo a éste convenio bilateral ¿Debe entenderse como sujeta, en forma simultánea, a las dos legislaciones de los Estados que determinan sus respectivas nacionalidades? La respuesta es negativa y así lo expresa claramente el inciso segundo del artículo tercero (art. 3.2): “Los súbditos de ambas partes Contratantes a que se hace referencia no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de naturales, sino sólo a la de aquella en que tengan su domicilio”.

En cuanto a la determinación del domicilio, el artículo cuarto inciso primero del CDN España-Chile prescribe: “A los efectos del presente convenio se entiende adquirido el domicilio en aquel país en que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo”. Es decir, al respecto la norma citada establece una especie de “presunción de derecho” (o sea, no admite prueba en contrario) de que el doble nacional se encuentra

domiciliado en el Estado en que adquirió su segunda nacionalidad; y la única manera de que esta situación se modifique, es cumpliendo lo que indica el inciso siguiente; el que analizaremos un poco más adelante.

Por el momento, queremos detenernos en éste punto para realizar algunas breves explicaciones, en efecto, éste Convenio de Doble Nacionalidad establece un régimen jurídico muy interesante de analizar. Como primera observación, podemos decir que, una vez que el individuo se sujeta a los beneficios establecidos por el CDN pasa, lógicamente, a tener dos nacionalidades; donde una de ellas podemos llamarla como **nacionalidad de origen** y no es otra que la nacionalidad que proviene del nacimiento de la persona, o dicho de otro modo, la nacionalidad que proviene de una fuente originaria (de acuerdo a la distinción hecha más atrás), mientras que la otra puede denominarse como **nacionalidad adquirida**; ya que corresponde a aquella nacionalidad que el sujeto pasa a tener desde el momento que cumple todos los requisitos establecidos en el CDN.

En el caso concreto, queda claro que Víctor Pey es nacido en España, por lo tanto su nacionalidad de origen es la española, mientras que a partir de 1958 es la chilena su nacionalidad adquirida. Luego, en aplicación del artículo 4.1 del CDN España-Chile, el sr. Pey se entiende domiciliado en Chile, lo que de acuerdo a lo señalado en las normas contenidas en el art. 3.1 y 3.2 hace de su nacionalidad chilena, su nacionalidad “primaria” o “dominante” de acuerdo a lo

señalado por el Tribunal de Arbitraje, manteniéndose su nacionalidad de origen (española) como su nacionalidad secundaria.

Sobre éste punto, los autores queremos realizar nuestra propia interpretación en lo relativo a la convivencia entre ambas nacionalidades durante la vigencia del estatuto jurídico del Convenio de Doble Nacionalidad España-Chile. Esto porque entendemos que, si bien existe una nacionalidad primaria y una nacionalidad secundaria; los autores creemos firmemente que el modelo instaurado por el CDN España-Chile, para el ejercicio de los derechos que corresponden al estatuto jurídico determinado por cada una de las dos nacionalidades no es alternativo, sino de prelación.

En otras palabras, los autores consideramos que la forma correcta interpretar lo dispuesto tanto en el N° 4 del preámbulo, así como también lo regulado en las disposiciones 3.1, 3.2 y 4.1 del CDN España-Chile, es que el régimen o estatuto jurídico correspondiente a la nacionalidad primaria, **prevalece** sobre el de la nacionalidad secundaria, pero en ningún caso debemos entender que la posición preferente que ostenta la legislación de la nacionalidad primaria excluye por completo la aplicación del Derecho correspondiente a su nacionalidad secundaria. Al respecto, nuestra posición es que una interpretación de ése tipo es restrictiva y no tiene justificación alguna en el ámbito de aplicación del CDN España-Chile, además, sólo implicaría una especie de “congelamiento” innecesario de un estatuto jurídico completo, que

haría completamente inaplicable la nacionalidad secundaria del beneficiado; situación que, entendemos, no es deseada por el CDN o al menos, eso se desprende de la simple lectura de los numerales 1º, 2º y 3º del preámbulo de éste tratado bilateral.

En efecto, si se interpreta que el derecho interno de la nacionalidad de origen se torna inaplicable por el sólo hecho de que el beneficiario del CDN haya adquirido su segunda nacionalidad, cuyo estatuto legal es preferente; no estaríamos entonces frente a una genuina situación de Doble Nacionalidad. Esto porque en la práctica sólo sería eficaz una sola de estas nacionalidades, y en tal caso nos encontraríamos ante un mero régimen de simple nacionalidad encubierto.

En consecuencia, la interpretación que los autores estimamos correcta, es que el CDN España-Chile establece un **orden de prelación** a la hora de aplicar los estatutos jurídicos correspondientes a las dos nacionalidades del sujeto; de modo que se aplican las normas de la llamada “nacionalidad primaria” de manera preferente a aquellas que corresponden de la “nacionalidad secundaria”, pero éstas últimas siempre serán aplicables en subsidio de las primeras, es por esto que los autores creemos que es más preciso hablar en éste caso de **nacionalidad preferente** y de **nacionalidad subsidiaria**.

La interpretación anterior nos obliga a entender que en el caso concreto, pese a haberse nacionalizado chileno, el señor Víctor Pey nunca perdió la facultad de

ejercer aquellos derechos y facultades inherentes a su calidad de español; sólo que en tal caso, al haber pasado ésta a ser su **nacionalidad subsidiaria** (al menos entre 1958 y 1974); debe entenderse que el demandante estaría renunciando de forma tácita, a continuar ejerciendo estas facultades de forma directa, ya que a partir de ese momento sólo las ejercerá en defecto de aquellas idénticas facultades, contenidos en el Derecho de su nueva nacionalidad, la que para éstos efectos será preferente, es decir, la chilena hasta 1974 (al menos). Al respecto, podría sostenerse que nuestra interpretación entra en conflicto con lo señalado tanto en el numeral 4° del preámbulo, como en la disposición 3.2 del CDN España-Chile; normas que parecen sugerir la aplicación exclusiva de una de las nacionalidades en forma íntegra, dotando de total ineficacia a la otra; sin embargo, y en consecuencia con lo afirmado más arriba, los autores consideramos que seguir aquella interpretación es caer en un error, porque se vulnera el espíritu del CDN España-Chile.

En efecto, si bien el preámbulo del CDN establece como condición para la doble nacionalidad “que sólo una de ellas tenga plena eficacia” y el art. 3.2 impide la “sujeción simultánea” del beneficiario a ambas legislaciones, consideramos que; ni uno ni en otro caso, el CDN España-Chile está sugiriendo la aplicación íntegra de una nacionalidad y la total ineficacia de la otra, sino que sólo está evitando la aplicabilidad paralela de ambas legislaciones a situaciones análogas dentro de sus respectivas jurisdicciones. Pongamos un ejemplo, si el sr. Pey ejerce derechos de ciudadanía en Chile por ser ésta su nacionalidad

preferente, en aplicación de las disposiciones del CDN debemos entender que ya no podrá ejercer derechos de ciudadano en España; pero nada obsta a que estando en ese país, el demandante ejerza otros derechos inherentes a su calidad de español; nacionalidad que se encuentra plenamente vigente, y cualquier interpretación contraria conduciría al absurdo de tener al sr. Pey como extranjero en el país donde nació, sin que haya abandonado dicha nacionalidad y sólo por haber fijado su domicilio en otro país.

En consecuencia con lo anterior, debemos entender que el domicilio a que se refiere el CDN España-Chile, sólo es útil para determinar cuál es la nacionalidad preferente del beneficiario, la que en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1, se estima que es aquella adquirida conforme al propio Convenio de Doble Nacionalidad, ya que dicha norma entiende como el domicilio político del beneficiario, el territorio del país donde éste ha adquirido su nueva nacionalidad; en el caso concreto, desde 1958 Víctor Pey pasó a ser Doble Nacional chileno-español y desde ese momento su nacionalidad preferente fue la nuestra. No obstante, el artículo 4.2 regula el cambio de domicilio en los términos que siguen: “Este domicilio puede cambiarse sólo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro país contratante y de inscribir allí la adquisición en el Registro chileno de cartas de Nacionalización o en el Registro Civil en España, según corresponda”.

En el presente caso, y como bien advierte el Tribunal de Arbitraje, el señor Pey se estableció en España en mayo de 1974 y en el mes siguiente se inscribió en el Registro del Ayuntamiento de Madrid y recibió una cédula nacional de identidad española, pues bien, ahora retomamos la interrogante inicial ¿Qué efectos jurídicos produce éste acto respecto del CDN España-Chile? Y la respuesta es que, en virtud de la inscripción de su residencia en España, el sr. Pey modificó su domicilio político a ese país y por ende, de acuerdo al régimen establecido por el Convenio de Doble Nacionalidad, su nacionalidad preferente pasó a ser la española, mientras que su nacionalidad chilena se mantuvo vigente, pero a partir de ese momento lo sería a título de nacionalidad subsidiaria.

En cuanto a la alegación de que la inscripción del sr. Pey no habría producido plenos efectos, por no haberse producido una determinada transcripción que finalmente se saneó en 1996, que el Tribunal como vimos, desechó por completo; consideramos oportuno revisar las normas españolas que el órgano arbitral citó en ésta parte del Laudo. Así, el artículo 10 de la ley española sobre Registro Civil del año 1958 (vigente en 1974) establece: “El Registro Civil está integrado: 1° Por los registros municipales, a cargo del Juez municipal o comarcal (...) 2° Por los registros consulares, a cargo de los Cónsules de España en el extranjero, 3° Por el Registro central, a cargo de un funcionario de la Dirección General” y luego, el art. 18 inciso primero del mismo cuerpo legal indica que: “En el Registro Central se inscribirán los hechos para cuya

inscripción no resulte competente ningún otro Registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente” como podemos apreciar” por lo tanto, entiende el Tribunal de Arbitraje, que la ley española otorga un carácter supletorio al registro central, dentro de los registros componentes del Registro Civil Español.

Luego, el Tribunal citó el art. 64 de la referida ley hispana, cuyo inciso primero prescribe: “A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad, el mismo que determinan las reglas sobre opción de nacionalidad”. En consecuencia con ésta norma, debemos remitirnos al CDN España-Chile, porque allí se encuentran las referidas reglas sobre opción de nacionalidad, que señala norma legal citada.

Así, en aplicación del artículo 4.2 del CDN al caso concreto, se concluye que la inscripción para hacer efectivo el cambio de domicilio debe verificarse “en el Registro Civil de España”, norma que juicio de los actores debe complementarse con el art. 2.1 del mismo Tratado, ya que el cambio de domicilio requiere cumplir con la misma formalidad que la adquisición de la Doble Nacionalidad conforme al CDN, es decir, la inscripción; y como reza el aforismo “donde existe la misma razón debe haber la misma disposición”. Pues bien, el referido art. 2.1 del CDN España-Chile requiere que los chilenos de

nacimiento inscriban su nacionalidad española “en el Registro Civil español correspondiente al lugar de domicilio” el subrayado es nuestro y lo empleamos para demostrar que, si un chileno pretende domiciliarse en la ciudad de Madrid, los autores consideramos que la inscripción debe realizarse específicamente **en el Registro del Ayuntamiento (Municipal) de Madrid.**

En consecuencia, creemos que para el sr. Pey rige la misma regla, por lo que su inscripción en el mencionado registro municipal se basta a sí misma y por lo tanto, es suficiente para cumplir con la norma establecida en el art. 4.2 del CDN España-Chile, sin necesidad de que se transcriba en el Registro Central, como entiende el Tribunal de Arbitraje. Con todo, aunque fuera necesaria dicha transcripción, sólo debe entenderse como una medida de publicidad cuya omisión o retardo (como se dio en el presente caso) en nada afecta a la validez de la inscripción para efectos del cambio de domicilio dispuesto por el Convenio de Doble Nacionalidad, por lo tanto, cabe concluir en éste punto que en 1974 Víctor Pey inscribió conforme a derecho, su domicilio político en España y su domicilio civil en la ciudad de Madrid, lo que trae como consecuencia de acuerdo al CDN, que su condición de doble nacional se mantuvo, sólo que ahora su nacionalidad preferente es la española y su nacionalidad subsidiaria la chilena.

Aclarado éste punto, conviene ahora examinar el lapso de tiempo en que el sr. Pey residió en Venezuela y Perú, aproximadamente entre 1975 y 1989; por lo

tanto cabe preguntarse ¿Qué indica el CDN España-Chile al respecto? La respuesta a ésta interrogante la otorga el artículo 4.3 del mencionado tratado bilateral: “En el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercero Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que hubiere tenido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.

Por lo tanto, en cuanto a los viajes del sr. Pey, en los cuales estableció residencia transitoria en países distintos a los contratantes del CDN España-Chile; a saber: Venezuela y Perú, debemos decir sobre éstas residencias que son completamente irrelevantes a la hora de determinar su situación de nacionalidad preferente y subsidiaria, toda vez que, para efectos del mentado tratado bilateral, el demandante continúa vinculado políticamente en el territorio del Estado parte del CDN bajo el cual fijó su domicilio por última vez, es decir, el reino de España, por lo que, al menos hasta 1989, el sr Pey sigue siendo un ciudadano doble nacional, cuya nacionalidad preferente es la española.

Luego, desde 1989, Víctor Pey regresó a Chile y se estableció en nuestro país según sabemos, hasta nuestros días, y el Tribunal de Arbitraje destinó la parte final de su intervención, a analizar ciertos hitos o aspectos jurídicamente relevantes sobre la estadía en Chile del sr. Pey. En virtud de ello, la República hizo valer una pretensión, según la cual, Víctor Pey habría tenido, durante éste

tiempo, la intención de retomar su residencia en Chile, y cita varias situaciones en las cuales el sr. Pey invoca su nacionalidad chilena o hace mención a su condición de doble nacional español-chileno.

En cuanto a la creación de la Fundación Presidente Allende en 1990, como se consigna en el laudo, el sr. Pey aparece como uno de sus fundadores invocando su calidad de doble nacional español-chileno y luego en 1999 los estatutos de la Fundación fueron modificados dejando sólo la nacionalidad española del demandante. Al respecto, los autores consideramos que el hecho de crear la Fundación invocando su calidad de doble nacional, no tiene ninguna relevancia para efectos de determinar su nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI, ya que mientras el actor siga teniendo la doble nacionalidad, no cumpliría el requisito de nacionalidad para presentar su demanda, sin embargo, la reforma a los estatutos de la Fundación, dan a entender que, en algún momento entre 1990 y 1999, el sr. Pey dejó de tener su nacionalidad chilena, ésta situación será estudiada en el próximo apartado.

Luego, la parte demandada invoca diversas situaciones en la que Víctor Pey hizo uso de su nacionalidad chilena, tales como haber obtenido una cédula nacional de identidad en 1991 o haberse inscrito en los registros electorales de Chile, primero en la comuna de Vitacura (1992) y luego en La Reina (1993). La interpretación de éstos hechos que hacemos los autores es la siguiente: en consecuencia con nuestra teoría del régimen jurídico de prelación establecido

por el CDN España-Chile, consideramos que tanto la cédula nacional de identidad como las inscripciones electorales efectuadas por el sr. Pey dentro de Chile, corresponden a derechos ejercidos en razón de su nacionalidad subsidiaria en los términos del CDN, por lo tanto debemos entender, en concreto, que el sr. Pey al obtener una cédula de identidad chilena, ésta renunciando a solicitar y obtener un documento interno de identidad en España, como su nacionalidad preferente.

Por lo tanto, si el demandante no ha solicitado en éste tiempo un carnet de identidad español, nada le prohíbe obtener una cédula de identidad chilena, y lo mismo ocurre con las inscripciones para votar; en éste caso, al ser su nacionalidad española la preferente, lo lógico es pensar que dichas inscripciones las realice en su país natal. Pero si en el presente caso no lo hizo, no hay ningún impedimento para que el actor se inscriba para votar en el país de su nacionalidad subsidiaria, ya que su nacionalidad chilena se encuentra plenamente vigente; al respecto, lo único que prohíbe el CDN es que el sr. Pey ejerza estos derechos de manera simultánea y paralela en ambos países, lo que en el caso concreto hemos visto que no ocurre.

Adicionalmente, la República advierte sobre el uso de pasaportes para los viajes realizados por Víctor Pey en éste periodo, así; la parte demandada alega que el demandante obtuvo en 1991 un pasaporte chileno, en vista de que había extraviado su pasaporte español y con dicho pasaporte habría viajado a

Venezuela y a países de Europa en 1997, antes, habría viajado a Bolivia en 1997 entre otros viajes, finalmente en mayo de 1997 obtiene un pasaporte español en la ciudad de Madrid. Al respecto, los autores aplicamos la misma directriz utilizada en el párrafo anterior, ya que, como bien se relata en los hechos, el sr. Pey encontrándose en Chile se percató que ya no podía utilizar su pasaporte español por haberlo extraviado, por lo que no hizo más que ejercer los derechos que le otorga el régimen jurídico subsidiario CDN España-Chile y en defecto de poder utilizar el pasaporte correspondiente a su nacionalidad preferente, solicitó éste documento invocando su nacionalidad subsidiaria y no hay ninguna prohibición para realizar tal acción, de hecho, precisamente en ello radica el beneficio de la Doble Nacionalidad, en que el sujeto pueda optar entre las legislaciones nacionales aplicables; y si no puede o no desea acogerse a su nacionalidad preferente respecto a una determinada acción, siempre tendrá la opción de realizarla invocando su nacionalidad subsidiaria; posteriormente, el sr. Pey solicitó nuevamente un pasaporte español, con lo que debemos entender que ha renunciado a seguir usando su pasaporte chileno y ha vuelto a sujetarse en lo que respecta a éste derecho, a su nacionalidad preferente.

Finalmente, la parte demandante observa que en éste mismo periodo, el sr. Pey ha solicitado ayuda al estado en Chile, invocando su calidad de exiliado que ha retornado al país, ocasión en la cual se ha identificado como chileno, al igual que en otras oportunidades donde ha ejercido otros derechos de naturaleza

civil, como por ejemplo, el haber celebrado un contrato de trabajo con su hermano. Respecto a la primera acción, el recurrir al estado de Chile para obtener ayuda en su calidad de retornado, no hay dudas de que se trata de una situación especial, que no tiene símil dentro de la legislación interna de España, al menos no en esa época, por lo que no hay impedimento alguno para el sr. Pey solicite ésta ayuda si cumplía con los requisitos para hacerlo; en cuanto al contrato de trabajo, se trata de un derecho de orden privado que tampoco consta en el arbitraje que haya el actor lo haya ejercido de forma paralela en España, sujetándose a las normas del derecho de ese país.

Por tanto, y en conclusión de todo lo señalado anteriormente; desde 1974 y hasta meses antes de la primera fecha crítica, Víctor Pey continuaba siendo un Doble Nacional acogido al CDN España-Chile y tenía su domicilio políticofijado en España, país que le otorgaba su nacionalidad preferente, mientras que a Chile pertenecía su nacionalidad subsidiaria, la cual había ejercido en varias ocasiones, siempre en defecto de su nacionalidad preferente.

IV. La controversia por la presunta renuncia a la nacionalidad Chilena en 1996, por parte del sr. Víctor Pey

1. Enumeración de Objetivos

- a) Enunciar la cronología de hechos y actos que, según alegan los demandantes, comprenden una renuncia a la nacionalidad chilena por parte del sr. Pey.
- b) Determinar el alcance del artículo 11 de la Constitución de 1980 en ésta controversia.
- c) Examinar la posibilidad o imposibilidad de la renuncia voluntaria a la nacionalidad Chilena con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005 y el verdadero alcance de la reforma en ésta materia.
- d) Determinar la validez de la renuncia voluntaria en caso de tener Doble Nacionalidad.

2. Exposición de los hechos relevantes⁹

El Tribunal de Arbitraje relató de los hechos alegados por los Demandantes, los que constituirían una renuncia a la nacionalidad chilena por parte del sr. Pey. Así, el 10-12-1996, el actor hace saber al Departamento de Extranjería y Migración de Chile que tiene registrada su residencia en España desde 1974, y que ya no tiene intenciones de continuar sujeto al CDN España-Chile, por lo

⁹ Laudo, (pp. 94-97)

tanto solicita que esta circunstancia sea inscrita en el registro chileno de Cartas de Nacionalización, indicando que su nacionalidad exclusiva será la española.

El 19-12-1996, el Ayuntamiento de Madrid confirma que la residencia del actor se encuentra en España, luego, el 7-01-1997, Pey solicita al registro consular español en Santiago que inscriba el hecho de que su persona no goza de los beneficios del CDN España-Chile; posteriormente, en febrero de 1997 el Consulado de España en Santiago elimina el nombre del sr. Pey de su registro de ciudadanos españoles residentes en Chile, al comprobar que el domicilio político del demandante se encuentra en España. El 16-09-1997, el sr. Pey suscribe una declaración ante el Consulado de España en Mendoza (Argentina); en la que ratifica lo expresado anteriormente y precisa: “Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 (...) debe entenderse del modo que mejor en Derecho procede para el fin con el que fue presentada, inclusive como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena en el caso de que la Administración chilena requiera la renuncia formal (...) a la nacionalidad chilena en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto...”¹⁰

Días más tarde, el 2-10-1997 Víctor Pey otorga su consentimiento al arbitraje del CIADI, luego, el 20-12-1997 un juez municipal español acoge la solicitud del demandante tendiente a confirmar su residencia en la ciudad de Madrid desde

¹⁰Citada en LAUDO , (p. 95)

junio de 1974; y el 24-04-1998, el abogado del actor solicita al Ministerio español de Asuntos Exteriores, que verifique el cambio de domicilio de su representado realizado en 1974. Ésta solicitud fue reenviada a las autoridades de Chile por vía del Consulado español en Santiago el día 10-07-1998 y derivada al registro chileno con fecha 24-07-1998, la que fue inscrita finalmente el día 4-08-1998 por un funcionario público; en dicha inscripción consta la renuncia del sr. Pey a su nacionalidad chilena y por ende su condición de extranjero; no obstante, la validez y efectos jurídicos de ésta inscripción es objeto de controversia entre las partes, además de la competencia del funcionario público para efectuar dicha inscripción.

Luego, el Tribunal se plantea la interrogante de si el sr. Pey renunció a su nacionalidad chilena en forma válida al inscribirse y fijar su residencia en la ciudad de Madrid desde junio de 1974 y luego informar de esto al Departamento de Extranjería y Migración Chileno en diciembre de 1996, indicando que no deseaba continuar acogéndose al CDN España-Chile. Posteriormente indica que dicho convenio bilateral contempla expresamente la posibilidad de que los nacionales de ambos países contratantes puedan conservar su nacionalidad de origen, por lo tanto, en el caso concreto, la declaración del actor en la que modifica su residencia a España; en absoluto le priva de sus 2 nacionalidades; no obstante, resaltan los árbitros que el CDN España-Chile no indica nada sobre la situación de que uno de sus beneficiarios declare que desea dejar de acogerse al Convenio.

Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje expresa que el único asunto relevante que queda por determinar, es si la declaración del sr. Pey y todos sus actos conexos cuentan como una válida renuncia voluntaria a su nacionalidad chilena. De este modo, el Tribunal de Arbitraje cita el art. 11 de nuestra Constitución de 1980 - vigente en 1997- que regula las causales de pérdida de la nacionalidad, entre las que se encuentran: a) nacionalización en país extranjero, salvo quienes se acojan a un CDN que les permita mantener su nacionalidad chilena; b) en caso de prestación de servicios a enemigos de Chile o a sus aliados en caso de guerra externa, c) Por sentencia condenatoria por la comisión de delitos contra la dignidad de la patria o a los intereses esenciales del Estado. d) por cancelación de la carta de nacionalización y e) en virtud de una ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.

El Tribunal de Arbitraje concluye que nuestra Constitución no contempla expresamente la renuncia voluntaria, como causal de pérdida de la nacionalidad chilena, y recuerda que las partes han debatido latamente si el art. 11 de la Constitución de 1980 establece una numeración exhaustiva, como sostiene la parte demandada, o no era así, tal como alegan los demandantes.

3. La controversia¹¹

a) Posición de los Demandantes

Los demandantes han alegado, en forma subsidiaria a su pretensión principal, que Víctor Pey “había manifestado por escrito ante las Autoridades de Chile su renuncia a la nacionalidad chilena, es decir, a los beneficios que el Convenio bilateral de 24 de Mayo de 1958 de doble nacionalidad confiere a los ciudadanos españoles en Chile”;¹² En concreto, indican que la renuncia del sr. Pey a la nacionalidad chilena ha producido plenos efectos desde la declaración del actor ante las autoridades chilenas, es decir, desde el 10-12-1996. Los demandantes profundizan señalando que la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena se encuentra permitida por la Constitución chilena, pese a no mencionarla expresamente entre las causales de pérdida de la nacionalidad reguladas del art. 11 de la Constitución vigente en la época.

Esta parte sugiere al Tribunal no se limitarse exclusivamente a la Constitución Política chilena para analizar el problema, sino que además se sirva consultar otras fuentes del derecho nacional como el propio CDN España-Chile; que en su art. 6° regula determinadas situaciones relativas a la pérdida y recuperación de la nacionalidad; que no están incluidas en nuestra Constitución. Los actores respaldan su pretensión en el caso del sr. M. Wilker, árbitro designado

¹¹ Laudo, (pp. 97-106)

¹²MEMORIA de los demandantes, de fecha 17-03-1999, (p. 24), citada en LAUDO (p. 97)

originalmente por la parte demandada para el presente arbitraje; y que según declaró la propia República; el árbitro “renunció previamente” a su nacionalidad chilena para obtener la mexicana, en conformidad con la Constitución de Chile.

b) Posición de Chile

La Demandada por su parte, ha sostenido insistentemente la imposibilidad de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena en nuestro derecho interno, y para ello, ha invocado las causales de pérdida de la nacionalidad chilena establecidas en el art. 11 Constitución de 1980; que no contiene la renuncia voluntaria, como una forma válida de perder la nacionalidad chilena, y ésta disposición debe interpretarse en forma estricta. En la audiencia de fecha 15-01-2007, declaró el profesor José Luis Cea, presidente del Tribunal Constitucional de Chile, sobre la reforma constitucional de 2005, en la que se incluye precisamente la pérdida de la nacionalidad “...por renuncia voluntaria manifestada ante la autoridad chilena competente”¹³.

Según el profesor Cea, la posibilidad de renunciar a la nacionalidad chilena no existía antes de 2005: “La reforma del año 2005 introdujo a la Constitución chilena una nueva causa de pérdida de la nacionalidad que no existía con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. No se hallaba referencia alguna de estas causales en la Constitución y menos, comprenderá el Tribunal, en las

¹³ Art. V de la Ley 20.050, introdujo el actual inciso primero del art. 11 de la Constitución Política de la República., citado en LAUDO, (p. 99)

leyes o en los reglamentos. Cuanto más lejano de estar permitida esa causal se encontraba la posibilidad de que por libre voluntad de los ciudadanos o de los naciones podría uno desprenderse de la nacionalidad”.¹⁴

El profesor Cea precisa que el art. 11 de la Constitución anterior a la reforma no podía ser interpretado para permitir una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, ya que la numeración del artículo tenía un carácter taxativo, inexcusable, cerrado. Luego, la parte demandada invocó jurisprudencia de tribunales nacionales y también doctrina chilena sobre el tema, en apoyo a la tesis de que la renuncia voluntaria no era un modo válido de perder la nacionalidad chilena antes del año 2005.

c) Resolución del Tribunal de Arbitraje

En Tribunal comenzó su decisión afirmando que la República no fue capaz de demostrar de forma convincente, la imposibilidad de una renuncia voluntaria a la nacionalidad dentro del derecho chileno; por no citar normas precisas que apoyaran su pretensión, y también la falta de una jurisprudencia pertinente al caso concreto. El órgano arbitral señala que el propio texto del art. 11 de la Constitución es ambiguo en cuanto a este asunto y de su lectura no es posible afirmar o descartar en términos absolutos el presunto carácter taxativo de los casos enumerados de pérdida de nacionalidad, Con todo, el Tribunal considera que no existe una justificación razonable para realizar una interpretar el

¹⁴Transcripción de la AUDIENCIA de fecha 15-01-2007 (p. 55) , citada en LAUDO (p. 99)

Derecho chileno, en orden a prohibir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena en el caso concreto.

En el caso de la Doble Nacionalidad, ésta conclusión se aplica con mayor razón, esto debido a que, de acuerdo a la legislación nacional aplicable en la época, la renuncia a la nacionalidad se encontraba prohibida si conducía a una condición de apátrida; lo que no se produce en el caso concreto, ya que la renuncia a una nacionalidad trae como consecuencia la supervivencia de la otra. Al respecto, el Tribunal entiende que si la renuncia a la nacionalidad no conduce a la condición de apátrida, la Constitución la permite, y no solamente en caso de adquirir conjuntamente otra nacionalidad, sino también cuando esa otra nacionalidad había sido adquirida con anterioridad, como es el caso de la Doble Nacionalidad, la sana crítica obliga a dicha conclusión.

A mayor abundamiento, no se ha presentado al arbitraje texto, resolución ni argumento alguno que pudiera justificar un régimen discriminatorio respecto de la renuncia a la nacionalidad chilena: permisivo en caso de adquirir otra nacionalidad y prohibitivo en caso de Doble Nacionalidad; cuando la nacionalidad extranjera es de adquisición anterior. Además, el argumento de la parte demandada referente a que una persona con Doble Nacionalidad deba adquirir una tercera nacionalidad para renunciar válidamente a su nacionalidad chilena, es poco convincente e ilógico para el Tribunal.

Para el Tribunal, la reforma constitucional de 2005 no introduce modificación alguna respecto a la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, ya que siempre ha sido posible renunciar a ella y la nueva norma no hace más que explicitar ésta posibilidad, añadiendo una formalidad para su empleo; en dicho contexto, el Tribunal cita la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en particular el art. 20.3 que impide a los estados prohibir la renuncia a una nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Como indican los actores, una norma similar existe en la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906 -aún vigente en Chile- la que dispone que un Doble Nacional que restablezca su residencia en su país de origen y la mantenga durante más de 2 años, abandona la segunda nacionalidad adquirida por naturalización si declara dicho abandono.

El Tribunal aprecia, que una de las razones por las que el constituyente chileno decidió incluir en términos explícitos y directos, el derecho a cambiar de nacionalidad, fue poner en armonía la Constitución chilena con la CIDH y otros tratados internacionales similares. Al respecto, Chile confirmó la importancia que tuvieron dichas convenciones internacionales en la reforma constitucional de 2005 “...también el presidente tuvo a la vista diversos instrumentos internacionales que Chile había suscripto, y se quiso poner al día nuestra Constitución en relación con esos instrumentos...”.¹⁵

¹⁵Audiencia 16-01-2007, T. (p. 461), citada en LAUDO, (p. 103)

El órgano arbitral entiende que la reforma de 2005 sólo añade un requisito formal, que determina la validez de la renuncia a la nacionalidad chilena y no es otra que la notificación, hecha por parte del renunciante ante funcionario chileno competente, la cual no existía hasta la fecha; además, el Tribunal recuerda que el 4-08-1998, el sr. Pey fue inscrito como extranjero en el Registro Civil chileno, lo que se entiende como un acto oficial que implica el reconocimiento de la renuncia a la nacionalidad por parte del Estado de Chile. Esto causó molestia en nuestro Ministerio del Interior, porque inició gestiones para anular la inscripción alegando una presunta falta de competencia del funcionario del Registro Civil de Chile para proceder a tal trámite. Las acciones fueron llevadas a cabo en junio de 1999, es decir, una vez iniciado el arbitraje, y así lo hizo ver el Tribunal¹⁶.

En apoyo a su conclusión, el Tribunal cita también el comentario de Christoph Schereuer, quien asegura que un inversionista que tenga Doble Nacionalidad, no puede acceder a la protección del Convenio CIADI; a menos que renuncie a la nacionalidad del Estado demandado antes de otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, y la validez de dicha renuncia debe apreciarse con arreglo a la legislación interna del respectivo Estado, no obstante, la correspondiente legislación nacional no es vinculante en todos los casos para un Tribunal internacional. Respecto a aquella situación de que el Estado

¹⁶ LAUDO, (p. 104) (nota al pie N° 270)

receptor desee e intente imponer su nacionalidad al inversionista, el Profesor Schreure indica: “En particular, se señaló que la comisión de Tribunal tendría que lidiar adecuadamente con los casos en que un estado anfitrión impuso su nacionalidad a un inversionista”;¹⁷ Luego, indica el Tribunal que los redactores del Convenio CIADI, llegaron a la conclusión de que un Tribunal de Arbitraje no podía, ni debía permitir que un Estado imponga su nacionalidad para evadir su obligación de someterse al CIADI.

Posteriormente, el Tribunal retoma comentario del profesor Schreuer: “El estado anfitrión no puede imponer su nacionalidad a un inversionista extranjero con el propósito de retirar su consentimiento (...) ésta no sería una forma admisible para un Estado, para evadir su obligación de someter la controversia al Centro (...) Pero se decidió que esta cuestión podría dejarse a la decisión de la Comisión de Conciliación o al Tribunal Arbitral”.¹⁸

En virtud del análisis precedente, el Tribunal concluye finalmente que la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena es válida si el sujeto tiene Doble Nacionalidad; lo que en concreto el sr. Pey ha conseguido demostrar; por lo que el Tribunal ha resuelto rechazar la excepción de incompetencia presentada por la Demandada, porque los árbitros han llegado a la conclusión de que el demandante no tenía la nacionalidad chilena en las fechas críticas.

¹⁷Ob. Cit.

¹⁸Schreuer, Ob. Cit. (p. 272), citado en inglés en LAUDO (p. 106), traducido por los autores.

4. Nuestra Opinión.

Los autores estimamos que sin duda, hemos llegado a **una de las controversias más atractivas** de todo el arbitraje; debido a la acentuada contraposición de las posiciones entre las partes, y también por lo específicamente fundamentada que se encuentra; todo ello sumado a la interesante resolución que el Tribunal de Arbitraje ha adoptado para la misma; hacen de la diferencia entre las partes sobre la validez o ineficacia de la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena efectuada Víctor Pey – según su propia pretensión- en 1996; una de las más interesantes de analizar.

Revisamos en su momento que los demandantes naufragaron en su pretensión de que el Tribunal de Arbitraje declarase como una “privadores de nacionalidad” a los actos expropiatorios y en general, la persecución política sufrida por el sr. Pey a manos de las autoridades militares, instaladas en Chile luego del golpe de estado del 11-09-1973. Todo esto debido a que, como bien señaló el órgano arbitral; por muy aberrantes y vejatorios que hayan sido los actos de violencia cometidos por el estado demandando en contra del demandante; de ello no puede deducirse que tales vulneraciones a sus Derechos Humanos, hayan traído como consecuencia una privación de su nacionalidad chilena, ya que no existe relación alguna entre una cosa y la otra.

Además los actores no consiguieron demostrar que la intención del régimen de facto chileno, fuera despojar al señor Pey de su nacionalidad chilena, para la

que además se requiere voluntad expresa en ese sentido por parte de la República de Chile, la que en el caso concreto no se verificó. A mayor abundamiento, los autores percibimos que ésta pretensión de los demandantes no tenía asidero alguno, toda vez que, una vez de regreso en nuestro país, Víctor Pey hizo ejercicio de su nacionalidad chilena sin que las nuevas autoridades democráticas de nuestro país pusieran objeción alguna a su condición de nacional; como vimos, el sr. Pey hizo ejercicio de su nacionalidad chilena al menos hasta 1996.

A título subsidiario de su pretensión anterior, los demandantes alegaron que el señor Víctor Pey, en forma libre y espontánea habría procedido a renunciar expresamente a su nacionalidad chilena; abandonando así su condición de Doble Nacional beneficiario del CDN España-Chile, que ostentaba desde el año 1958, para regresar a su condición de nacionalidad original, es decir, tener simple y exclusivamente la calidad de español; alegando que ésta era su nacionalidad preferente desde 1974, fecha en la que inscribió el cambio de su domicilio político en el Reino de España.

Todo esto en virtud de una comunicación efectuada por el sr. Pey al Departamento de Extranjería y Migración de Chile, en la que expresa su intención de renunciar al régimen del mentado Convenio de Doble Nacionalidad, y solicita se inscriba la cancelación de su anterior registro en la nómina chilena de Cartas de Nacionalización. Posteriormente, el actor alega

haber ratificado dicha actuación jurídica, tanto en el registro municipal de la ciudad de Madrid, como en ante los Registros Consulares españoles en Santiago de Chile y en Mendoza, Argentina, ocasión en la que explícitamente declara haber abandonado nuestra nacionalidad “En caso de que la administración chilena requiera renuncia formal”.

Posteriormente, el sr. Pey declara su consentimiento de recurrir al arbitraje del CIADI, y finalmente, unos meses después, un funcionario público chileno, correspondiente al Servicio de Registro Civil e Identificación, inscribe la condición de extranjero del sr. Pey, acto que sería controvertido en su defensa, por el propio estado de Chile.

La República de Chile en tanto, se defendió asegurando que bajo el Derecho Chileno vigente en 1996 era imposible renunciar a la nacionalidad chilena en forma voluntaria. Profundiza la demandada, argumentando que dicha posibilidad no se encontraba entre las causales de pérdida de nuestra nacionalidad, contenidas en el art. 11 de la Constitución Política de 1980, norma que para la demandada establece una numeración de situaciones fácticas de carácter taxativo, y que al ser una norma interna de Derecho Público, debe interpretarse y aplicarse siempre de modo estricto.

De apoyo a ésta excepción hecha valer por el Estado demandado, fue el tono de la declaración experta ante el Tribunal de Arbitraje, del profesor José Luis Cea, en aquel entonces presidente de nuestro Tribunal Constitucional, quien

afirmó que; sólo en virtud de la reforma constitucional del año 2005, el derecho chileno ha permitido que una persona renuncie a su nacionalidad chilena en forma voluntaria y válida. En consecuencia, para el magistrado constitucionalista dicha posibilidad no existía en nuestra legislación antes de la mentada reforma, y que en dicha época, el texto fundamental no podía ser interpretado en una forma que permitiera la abdicación libre y espontánea a nuestra nacionalidad.

Como acabamos de revisar, el Tribunal de Arbitraje finalmente dio la razón a los demandantes declarando, en primer lugar, que la parte demandada no consiguió acreditar más allá de toda duda razonable la imposibilidad, o mejor dicho la inconstitucionalidad de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, declarando que, para éstos efectos, el artículo 11 de nuestra Constitución resulta ambiguo, ya que no es posible confirmar o descartar la posibilidad de poner fin al vínculo de nacionalidad por la vía alegada por los demandantes, así como también, de la lectura del artículo en cuestión, resulta difícil pronunciarse sobre el carácter taxativo o amplio, del catálogo de causales de pérdida de la nacionalidad, ofrecido por dicha disposición constitucional. El Tribunal de Arbitraje, rompiendo todos los esquemas y formalismos rígidos, de los que puede estar investido un órgano jurisdiccional de derecho interno en nuestro país, declaró sin tapujos que no existe una justificación plausible, para interpretar la norma constitucional, en los estrictos términos sugeridos por la

parte demandada, a fin de prohibir una renuncia libre y espontánea a la nacionalidad chilena.

El Tribunal de Arbitraje da entender que la República de Chile olvida que el momento de proceder a su renuncia, el sr. Pey gozaba de Doble Nacionalidad, y en su caso, su renuncia no lo conducía a la condición de apátrida. Esto porque, entienden los árbitros que bajo nuestro derecho interno vigente en 1996, la renuncia voluntaria a la nacionalidad de Chile no estaba autorizada ni era válida, si producto de la desnacionalización, el renunciante entraba en la categoría de apátrida, tal como lo indicó el propio Profesor Cea; por lo tanto, el órgano arbitral aduce que si no es el caso, debe entenderse que la Constitución chilena de la época permitía la renuncia.

Indica el Tribunal de Arbitraje, que su conclusión proviene de la apreciación de las pruebas presentadas conforme a las reglas de la sana crítica, además de la simple coherencia y la lógica elemental; ya que arribar a la decisión contraria implicaría admitir que la Constitución Política de Chile establecía en el año 1996, un régimen injustificadamente discriminatorio respecto de la renuncia voluntaria a la nacionalidad. En efecto, el órgano arbitral señala que no hay motivo plausible para sostener que el régimen constitucional chileno, por una parte; permita la renuncia voluntaria en caso del sujeto que adquiera la nacionalidad de país extranjero, y por el otro, prohíba dicha renuncia en caso de que el sujeto haya adquirido anteriormente otra nacionalidad en virtud de un

Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad; los árbitros reconocen que es muy difícil admitir esta diferencia de criterios, más aún tomando en cuenta que en el caso concreto, las nacionalidades correspondientes a los estados de Chile y España se encuentran unidas en virtud de un Tratado Internacional de dicha naturaleza.

El órgano arbitral, entiende que la reforma del año 2005, en materia de nacionalidad, sólo vino a ratificar expresamente una realidad que anteriormente existía pero de forma encubierta, por lo tanto no debe entenderse esta reforma como un cambio de criterio en la materia, sino sólo como la introducción de una mayor regulación en lo que respecta a la renuncia voluntaria a nuestra nacionalidad; lo que se traduce en el establecimiento de una formalidad, cual es, la notificación del interesado a la autoridad competente, de su voluntad de abandonar la nacionalidad chilena. Como el propio profesor Cea lo aseguró en su momento, el Tribunal interpreta que el año 2005, la Constitución chilena quiso conformarse con instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como por ejemplo el pacto de San José de Costa Rica, el cual garantiza a todas las personas, que a nadie se le privará del derecho a cambiar su nacionalidad.

En virtud de todas las consideraciones examinadas, el Tribunal de Arbitraje finalmente declara que en el año 1996, el derecho chileno permitía la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena en caso de Doble Nacionalidad; y en el caso

concreto, determinó que los demandantes habían conseguido acreditar que el señor Víctor Pey procedió en tiempo y forma a renunciar a su nacionalidad chilena con anterioridad a la primera fecha crítica establecida por el artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI, por lo que el Tribunal no hizo más que declarar que el primer demandante, el sr. Pey, cumple con el requisito de nacionalidad establecido en dicha norma que le otorga competencia al órgano arbitral.

Hecha la recapitulación de la controversia, es momento de que los autores fijemos nuestra postura al respecto, y consideramos que existen dos grandes temas que se deben analizar con respecto a éste incidente; el primero es si el derecho chileno aplicable en 1996, permitía o no a Víctor Pey renunciar en forma voluntaria a su nacionalidad chilena y si la respuesta es afirmativa surge el segundo; si en el caso concreto, el sr. Pey procedió a renunciar a su nacionalidad chilena en forma válida. Si ambas situaciones se han producido, es decir, que nuestra legislación autorice al demandante a abandonar su nacionalidad chilena; y que el sr. Pey hubiera realizado éste acto en tiempo y forma, nos encontraremos recién, en condiciones de concluir que el primer demandante cumple con el requisito de nacionalidad establecido en el Convenio CIADI.

Sobre la eventual posibilidad de una renuncia a la nacionalidad en el año 1996, debemos aclarar en este caso, que no es lo mismo una posible renuncia bajo el Derecho Chileno en general, que este mismo acto analizado exclusivamente de

acuerdo a la Constitución Política de la República. Efectivamente, los autores consideramos que la parte demandada cometió un error en el marco del Arbitraje, al restringir su defensa necesaria y exclusivamente al análisis del texto constitucional; ya que si bien todos sabemos que se trata de la norma fundamental del ordenamiento jurídico chileno (como en cualquier otro país), no es menos cierto que también existen disposiciones que regulan la nacionalidad, contenidos en cuerpos distintos a la Constitución Política y que se encuentra plenamente vigentes en nuestra legislación, como es el caso de algunos Tratados Internacionales de naturaleza multilateral, en los que el Estado de Chile ha delegado la facultad de regular el tema de la nacionalidad al Derecho Internacional.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que forma parte de los instrumentos que dieron origen a la Organización de Estados Americanos (OEA) -de la que Chile es parte- en su artículo XIX declara: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela” .Unos meses después nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyo art. 19 prescribe: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, 2. A nadie se privará de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”, finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también denominada Pacto de San José de Costa Rica, (incorporada a nuestra legislación

a través del Decreto 873 de 1991), en su art. 20.3 señala que: “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiarla”.

Como podemos apreciar, todos los instrumentos internacionales citados, los cuales forman parte del Derecho Chileno, coinciden en otorgar a las personas que se encuentran en nuestro territorio, el derecho a optar a nuestra nacionalidad, así como también se garantiza el derecho a no ser privado de la calidad de nacional en forma arbitraria y del mismo modo, el Derecho Internacional, reflejado en éstos tratados, asegura a los chilenos el derecho a cambiar su nacionalidad, si esa es su voluntad. Así las cosas, lógico es sostener que éstas garantías comprenden también, la obligación impuesta al Estado de Chile de asegurar a las personas el libre ejercicio de éstos derechos, así como también de no establecer limitaciones arbitrarias a los mismos, ni menos aún, obstaculizar o prohibir su ejercicio.

De lo dicho se deduce, que los tratados internacionales incorporados a nuestra legislación y que se encuentran vigentes, imponen la obligación al Estado de Chile, de **permitir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena**, si la renuncia tiene por objeto el cambiarla por otra, ya que en caso contrario, una prohibición de ésta naturaleza vulneraría el derecho que los mencionados instrumentos internacionales aseguran a los chilenos, de cambiar su nacionalidad en forma libre y espontánea. En el caso concreto, el sr. Pey pretende que se le reconozca el haber pasado de ser español y chileno en forma simultánea, a tener simplemente la nacionalidad española; hecho que de haberse verificado en forma

válida (lo evaluaremos más adelante), efectivamente implica una modificación sustancial a su situación de nacionalidad.

Por tanto, para los autores; la renuncia efectuada válidamente por un Doble Nacional, a su especial condición de contar con dos nacionalidades en forma paralela y simultánea, hecha con el propósito de permanecer sólo con una de éstas nacionalidades, implica necesariamente la renuncia voluntaria a seguir gozando de la otra. A juicio de los autores, ésta situación también se encuentra protegida por las disposiciones internacionales citadas, ya que no encontramos razón alguna para excluirla del ámbito de su aplicación; esto porque no aparece en ninguna de éstas disposiciones de Derecho Internacional, la prohibición al acto de renuncia a una determinada nacionalidad, hecha con el objeto de gozar exclusivamente de otra nacionalidad ya adquirida con anterioridad.

Por otro lado, nuestra hipótesis se ve refrendada en la resolución del Tribunal de Arbitraje, el que citó una disposición internacional aún vigente en el Derecho chileno que regula específicamente una modificación respecto de la Doble Nacionalidad, dicha norma es el art. 1° de la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906, el cual prescribe que: “Si un ciudadano nativo de cualquiera de los países firmantes de la presente Convención y naturalizado en otro de éstos, renovase su residencia en el país de su origen, sin intención de regresar a aquél en el cual se hubiera naturalizado, se considerará que reasume su ciudadanía originaria y que renuncia a la ciudadanía adquirida por dicha naturalización”. Si

bien la disposición citada es de hace mucho tiempo, debemos señalar que la mera antigüedad de una norma, en ningún caso es causa justa para su derogación; la longevidad de la regla solamente podría –por razones obvias- llegar a hacerla inaplicable a un caso concreto suscitado muchos años después de su entrada en vigor; situación que respecto del Sr. Pey no se produce; ya que la norma, por muy antigua que sea, se mantiene vigente y es plenamente aplicable al presente caso, al reproducir íntegramente la pretensión alegada por los demandantes, y en concreto permitir la renuncia voluntaria del sr. Pey a su nacionalidad chilena; a mayor abundamiento, recordemos que nuestro Código Civil data del año 1855 y en nuestro país nadie discute la plena vigencia y aplicabilidad de la mayoría de sus disposiciones.

En consecuencia con lo razonado anteriormente, los autores hemos llegado a la plena convicción, de que la acción realizada por un sujeto, de pasar desde la Doble a la Simple Nacionalidad, **cuenta como un auténtico cambio de nacionalidad**, y por ende, en el caso concreto, el estado de Chile se encuentra obligado en virtud del Derecho Internacional por él ratificado, a permitir también un cambio de nacionalidad de ésta naturaleza. Lo dicho anteriormente nos conduce a la primera gran conclusión de nuestro análisis; a saber; que excluyendo a la Constitución Política de 1980, y en virtud de las vigentes normas internacionales incorporadas a nuestra legislación, el Derecho Chileno vigente en el año 1996, efectivamente permitía la circunstancia de que Víctor Pey renunciara en forma voluntaria a su nacionalidad chilena, con el propósito de quedarse

exclusivamente con su nacionalidad española, finalmente, si una norma interna de Chile se opusiera al mencionado principio, dicha disposición no sería aplicable a éste caso, en virtud de lo preceptuado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, según el cual, un Estado no puede invocar normas de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, lo que dota de total eficacia en la materia, a las normas internacionales de Derechos Humanos antes citadas.

No obstante haber afirmado anteriormente, que en ausencia de la Constitución Política, es completamente válida la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena dentro de nuestra legislación, los autores consideramos indispensable analizar también ésta posibilidad, dentro de las propias normas constitucionales aplicables a la nacionalidad chilena (particularmente su adquisición y presunta pérdida) en el caso concreto del sr. Pey. Así, es del caso recordar que el demandante adquiere nuestra nacionalidad en el año 1958, al haberse acogido al CDN España-Chile del mismo año, una vez que en virtud de dicho tratado bilateral, hubo solicitado y obtenido carta de nacionalización chilena, la que fue inscrita en el registro pertinente y desde ese momento, el sr. Pey pasó a ser chileno para todos los efectos legales (tanto internos, como también de Derecho Internacional), por lo tanto, cabe ahora preguntarse ¿Cuál es la disposición constitucional aplicable a la adquisición de la nacionalidad chilena por parte de Víctor Pey?

La respuesta a ésta interrogante, es que la norma requerida en éste caso corresponde al numeral 3° del artículo 5 de la Constitución Política de 1925, el que declaraba como chilenos a: “Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente su nacionalidad anterior. No se exigirá la renuncia de la nacionalidad española, respecto de los nacidos en España, con más de diez años de residencia en Chile, siempre que en ese país se conceda este mismo beneficio a los chilenos”. Bueno es recordar, que la disposición original del año 1925 sólo permitía la obtención de cartas de nacionalización en virtud de la renuncia del interesado a su nacionalidad original.

Sin embargo, dada la inminente entrada en vigencia del CDN España-Chile, nuestra legislación se adaptó al estatuto de Doble Nacionalidad que entraría prontamente a regir, y a través de la Ley N° 12.548 del año 1957, se incluyó en nuestra carta fundamental ésta regla excepcional favorable a los españoles que desearan acogerse al nuevo Convenio de Doble Nacionalidad, que les permitiría llegar ser chilenos sin tener que renunciar a su nacionalidad de origen. Para ello, la Constitución obligaba a los interesados a tener más de 10 años de residencia en nuestro país, según los requisitos establecidos por dicha norma constitucional; y en el caso concreto, el señor Víctor Pey hacia 1958 contaba ya con 19 años de residencia en nuestro país, por lo que no tuvo problemas para obtener nuestra nacionalidad.

En cuanto a la época en que el demandante alega haber renunciado a su nacionalidad chilena (1996), la norma constitucional aplicable a dicha acción no es otra que el antiguo artículo 11 de la Constitución de 1980, el cual contiene un catálogo de cinco casos, respecto de los cuales un chileno puede llegar a perder su nacionalidad. Dada la importancia de éste artículo para la controversia, es que analizaremos una por una las causales contenidas en ésta disposición constitucional, para ver si alguna de ellas es aplicable con la situación alegada por el señor Pey, es decir, si la Constitución Política de 1980, vigente en 1996 admitía o no la renuncia voluntaria como causal de pérdida de la nacionalidad chilena.

Partiendo en el orden inverso, el numeral 5° del art. 11 indica que la nacionalidad chilena se pierde: “Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia”, claramente no es éste el caso de sr. Pey, ya que su nacionalidad chilena no fue concedida por gracia, sino en virtud de una carta de nacionalización otorgada por aplicación de un Convenio Bilateral. No obstante, ésta causal nos entrega luces respecto a la forma en que el constituyente de 1980 entendía que un chileno podría llegar a perder su nacionalidad; en efecto, siguiendo al aforismo “en derecho las cosas se deshacen, de la misma forma en que se hacen” podemos adaptar la máxima éste a caso como sigue: **“bajo nuestra constitución, la nacionalidad chilena se pierde de la misma forma en que se concede”**.

Luego, el numeral 4° del artículo 11, establece que la nacionalidad chilena se pierde igualmente “Por cancelación de la carta de nacionalización”, si bien en el presente caso, el sr. Pey se nacionalizó en virtud de una carta de nacionalización; ésta causal tampoco es aplicable a su situación; ya que la causal citada requiere necesariamente de un acto jurídico de autoridad (dictación de una norma) que expresamente ponga fin a la nacionalidad del sujeto; lo que en el caso concreto –como hemos visto- no se produce. De hecho, es la ausencia de un acto de autoridad por parte de Chile, tendiente a quitar su nacionalidad chilena al sr. Pey, la que condujo al Tribunal de Arbitraje a desestimar la tesis de los demandantes respecto de la privación de la nacionalidad al actor, ya que la Constitución de 1925 establecía la misma regla del art. 11 N° 4 de la carta de 1980; no obstante, podemos apreciar que éste numeral mantiene la regla sobre la forma de la adquisición y pérdida de la nacionalidad, explicitada recientemente; ya que, en este caso, la cancelación de la carta de nacionalización debe verificarse en la misma forma en que ésta se concede, es decir, mediante la dictación de un Decreto.

El numeral 3° del art. 11 en tanto, nos sugiere que la nacionalidad chilena se pierde “Por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria...” y otros similares “... así considerados por ley aprobada con quórum calificado”. Como vemos, ésta causal nada tiene que ver con la situación alegada por Víctor Pey, al igual que el numeral 2° del mismo art. 11, el que prescribe que la nacionalidad chilena se pierde “Por Decreto Supremo, en caso

de prestación de servicios durante una guerra externa exterior a enemigos de Chile o de sus aliados”. En efecto, tanto el numeral 3° como el numeral 2° son de corte jurídico-nacionalista, ya que suponen la pérdida de la nacionalidad como sanción a conductas graves, estimadas por el Estado como de **traición a la patria**; ya sea por la comisión de delitos internos que han recibido condena judicial (numeral 3°), o bien por un hecho reprochable en tiempos de guerra externa (numeral 2°).

En el caso del numeral 2°, quien dicta la sanción es el Presidente de la República, en concordancia con las normas constitucionales correspondientes al Estado de Excepción Constitucional de Asamblea, el que se convoca en caso de guerra externa. En relación con la causal del numeral 2° del art. 11, los autores quisiéramos comentar, invocando nuestra calidad de ciudadanos amantes de la paz, que nos parece violento que la Constitución Política de Chile establezca disposiciones que hagan referencia a la posibilidad de una guerra externa, fuera de la regulación estricta que compete a ésta indeseada situación, que son los artículos correspondientes a dicho Estado de Excepción Constitucional, consideramos que incluir menciones a una posible guerra externa en otras disposiciones de nuestra Constitución, se contrapone con los fines últimos de todo Estado, que es el bien común de los habitantes de su territorio, enmarcado en un clima de paz.

Finalmente, hemos llegado a la única causal que posiblemente podría aplicarse a la situación invocada por Víctor Pey; si bien la República de Chile se ha opuesto tajantemente a esta posibilidad; el Tribunal de Arbitraje finalmente interpretó la causal de un modo favorable a la pretensión de los demandantes. Nos referimos al numeral 1° del art. 11 de la Constitución de 1980, aplicable en 1996, el cual reglamenta que la nacionalidad chilena se pierde “Por nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos (...) que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena”. Como podemos apreciar, el caso natural y obvio que regula ésta norma, es el de un chileno (con nuestra nacionalidad solamente); que decide cambiar su nacionalidad por la de otro estado extranjero; en dicha situación, de acuerdo con la disposición constitucional citada, la persona deja de ser chileno y pasa ser nacional de otro estado.

Según las alegaciones de la República de Chile en el arbitraje, éste sería el único caso en que el numeral comentado admite la pérdida de la nacionalidad chilena, sin embargo, los autores coincidimos con el Tribunal de Arbitraje y los demandantes, en el sentido de que **este numeral también contempla, al menos, un caso más de pérdida de la nacionalidad chilena**, y ese caso es el alegado por los actores, es decir, el de una persona que goza de Doble Nacionalidad, y una de ellas es la chilena, la cual desea abandonar en forma libre y espontánea, para gozar exclusivamente de su otra nacionalidad; los actores no vemos motivos para dejar fuera esta posibilidad, en cambio,

tenemos razones suficientes para admitirla dentro de éste numeral, las que pasamos a exponer.

- El art. 11 N° 1 de la Constitución de 1980 permite la renuncia voluntaria a la nacionalidad.

En primer lugar, consideramos que, contrariamente a lo alegado por la parte demandada, este antiguo numeral **admitía la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena**, sólo que lo no hacía expresamente sino de forma tácita, como han sugerido los demandantes; y dicha conclusión es razonable obtenerla de la sola lectura de la causal y basta para ello con entender su aplicación a aquel caso que arriba hemos calificado como “natural y obvio”. Efectivamente, en caso de un simple cambio de la nacionalidad chilena por otra extranjera, la renuncia a la nacionalidad chilena es automática y se presume de derecho y esa es la razón por la que el texto constitucional no la menciona; pero no por ello debemos entender que no es voluntaria, ni menos que no se trata de una renuncia; como pretendía el profesor Cea, quien señalara en su momento que en ésta causal, la pérdida de la nacionalidad no se determinaba por renuncia sino por haber adquirido otra nacionalidad.

Al respecto, los autores consideramos que ambos actos (la adquisición de otra nacionalidad y la renuncia a la chilena) **son simultáneos y jurídicamente inseparables**, por mandato expreso de nuestra propia constitución, por lo tanto, al adquirirse otra nacionalidad de acuerdo a la regla general del art. 11 N° 1 de

la Carta Fundamental, necesariamente debe entenderse también una renuncia a la nacionalidad chilena, de modo tal que ésta se verifica y produce sus efectos en el mismo instante en que tenga lugar la adquisición de la nacionalidad extranjera de acuerdo a la ley de dicho Estado extranjero. Por otro lado, el carácter voluntario del acto de cambiar la nacionalidad, (y por ende, de renunciar a la nacionalidad chilena) es indiscutible; efectivamente, todo chileno que toma la decisión de adquirir otra nacionalidad -siempre de acuerdo a la regla general del numeral 1°- lo hace **a sabiendas de que éste acto implica la pérdida de su nacionalidad chilena**; ya sea conociendo o debiendo saber los efectos de su actuación, recordemos que en virtud del art. 7° del Código Civil, la ley se entiende conocida por todos desde su entrada en vigencia; en consecuencia, si un chileno, sabiendo que al adquirir otra nacionalidad dejará de ser chileno y aún así se nacionaliza en otro país, debemos entender necesariamente que el sujeto ha renunciado a su nacionalidad chilena en forma completamente voluntaria, sin que sea posible separar jurídicamente la renuncia del acto de nacionalización extranjera, como sugería el profesor Cea.

En el presente caso, el sr. Víctor Pey afirma haber renunciado voluntariamente a su nacionalidad chilena, con el objeto de permanecer solamente con su nacionalidad española; y en consecuencia con nuestra postura de que se trata de un auténtico caso de cambio de (situación de) nacionalidad, los autores entendemos que, en abstracto, la circunstancia alegada por el sr. Pey cumple con todos los requisitos establecidos por el art. 11 N° 1 para producir los efectos

de poner fin su nacionalidad chilena. Esto porque, entendemos los autores, que la situación estudiada significa, para efectos del Derecho Internacional, una “re-nacionalización” o “segunda nacionalización” española por parte del sr. Pey, lo que implica necesaria y automáticamente su renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, circunstancia que como hemos visto, se encuentra cubierta por la causal en el estudio; por tanto y tal como ha señalado el Tribunal de Arbitraje; primero, no hay razones para admitir un régimen discriminatorio en materia de cambio de nacionalidad, de modo que un chileno de simple nacionalidad pueda renunciar voluntariamente a ella y un chileno Doble Nacional no pueda hacerlo; y segundo, el texto del artículo 11 N° 1 es tan ambiguo que no permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que la “nacionalización” extranjera deba hacerse efectiva en el momento mismo de la pérdida de la nacionalidad chilena, efectivamente, los autores también creemos que la técnica legislativa utilizada en la norma fundamental analizada, **no permite descartar la posibilidad**, de que la pérdida de la nacionalidad chilena se produzca por la voluntad del renunciante, de gozar en forma exclusiva, de una nacionalización extranjera verificada con anterioridad.

- El art. 11 N° 1 de la Constitución de 1980 buscaba impedir la condición de apátrida.

Primero que todo, los autores consideramos que **el argumento según el cual La Constitución de 1980 (antes de su reforma el año 2005) buscaba impedir la**

situación de apátrida, es bastante **relativo, débil y prácticamente falaz**, toda vez que, de las 5 causales de pérdida de la nacionalidad establecidas en su art. 11, la única que realmente cumple dicha finalidad, es la contenida en el numeral 1º, y a nuestro juicio, el efecto jurídico de impedir que un sujeto quede sin nacionalidad, no otorga mucho mérito a la regulación constitucional, porque finalmente; quien consigue zafar de la situación de apátrida es el propio sujeto, al asegurarse de no caer en la mentada categoría obteniendo otra nacionalidad. En la práctica, el sujeto no recibe ningún tipo de protección por parte del estado chileno, muy por el contrario, la norma sólo tiene el efecto de privarle de la Doble Nacionalidad.

En cuanto a los restantes numerales del art. 11, la circunstancia de que un sujeto pueda perder su única nacionalidad quedando por lo tanto, apátrida, **no interesa en lo más mínimo al Constituyente de 1980**, y ello se deduce, respecto de los numerales 2º y 3º, en el hecho de que, al ser la pérdida de la calidad de chileno en estos casos, una sanción; la caída en la condición de apátrida se entiende parte de la misma, sin que exista en el texto constitucional, ninguna clase de indulgencia al respecto.

Lo mismo ocurre en las situaciones de los numerales 4º y 5º, en los que el Estado chileno decide revocar la nacionalidad concedida a un sujeto, sin importar que se trate de su única nacionalidad, ya que ninguna de éstas causales establece excepción alguna que permita salvar al revocado de quedar

sin nacionalidad. En definitiva la presunta finalidad de la Constitución de 1980 de impedir la situación de apátrida de un sujeto, **resultó no ser tal**; tanto es así, que la reforma de 2005 vino a ratificar expresamente la tendencia señalada, echando por tierra cualquier interpretación contraria; pensamos finalmente, que éste fue un pobre argumento de la República, por no ser real, y en consecuencia no debió ser tomado en cuenta por el Tribunal de Arbitraje.

Retomando el tema que nos convoca, y aún entendiendo que el art. 11 N° 1 de la Constitución de 1980 impedía que un sujeto cayese en la condición de apátrida, **es del caso señalar, que respecto de Víctor Pey tal riesgo no existía**, ya que al tener Doble Nacionalidad, en caso de perder una de ellas, permanece aún con la otra. Por lo tanto, no hay ningún motivo para que el numeral 1° del art. 11 impida que el demandante renuncie a su nacionalidad, ya que la pérdida de su calidad de chileno, **no lo convierte en apátrida** sino que continuará teniendo su nacionalidad de origen, es decir, la española.

- El régimen facultativo y renunciable, del CDN España-Chile.

Efectivamente, de la lectura de los artículos del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile, **se desprende claramente**, que el régimen jurídico establecido en sus disposiciones no es obligatorio, sino que es de carácter facultativo, es decir, existe la posibilidad de que un chileno no desee acogerse al CDN España-Chile y deje de ser chileno por el hecho nacionalizarse español, en aplicación de la regla general del N° 1 del artículo 11

de la Constitución, ello refleja el carácter facultativo de la Doble Nacionalidad otorgada por el Tratado Bilateral. El hecho de que la Doble Nacionalidad se origine completamente en la voluntad del sujeto, nos hace pensar que nada obsta a que el estatuto jurídico de la Doble Nacionalidad también pueda extinguirse por la sola voluntad de su beneficiario; lo que nos conduce a la inequívoca conclusión de que la Doble Nacionalidad establecida por el Convenio celebrado entre España y Chile, es también, **renunciable**.

Al respecto, el artículo 12 del Código Civil, que si bien no es una norma aplicable a éste caso, nos entrega un principio general y universal en materia de renunciabilidad de derechos; a saber; para que un derecho pueda ser renunciable, es menester que el mentado derecho haya sido otorgado en exclusivo interés de su beneficiario, es decir, se trate de una norma de orden privado y su renuncia no esté prohibida. En el presente caso, al estatuir el CDN un régimen jurídico facultativo, se entiende que está contemplado en el sólo interés del beneficiario, además, la renuncia a la Doble Nacionalidad no se encuentra prohibida en el Convenio Bilateral, por lo tanto, los autores concluimos que el CDN España-Chile autoriza que el sr. Pey pueda poner fin a su Doble Nacionalidad por su sola voluntad; por lo que puede perfectamente el demandante renunciar voluntariamente a su nacionalidad chilena en virtud del valor que hemos otorgado al art. 11 N° de la Constitución de 1980.

- La fuente derivativa de la nacionalidad chilena de Víctor Pey

En virtud de todo lo que hemos analizado, debemos recordar que el sr. Pey, hacia 1996 tenía dos nacionalidades; la española como su nacionalidad de origen y preferente desde 1974, mientras que la chilena era su nacionalidad adquirida y subsidiaria (desde la misma fecha) obtenida de un **modo derivativo** en virtud del Convenio Bilateral celebrado entre ambos países en el año 1958. Esto significa que, aún en el caso de admitir que la Constitución de 1980 prohibía a un chileno renunciar voluntariamente a su nacionalidad; dicha prohibición sólo podría regir para la nacionalidad chilena adquirida de modo originario, situación que en el caso concreto no se produce, ya que el sr. Pey sólo adquirió la nacionalidad chilena a los 43 años de edad, al acogerse al CDN España-Chile.

Por lo tanto, **es imposible que la Constitución chilena pueda prohibir al sr. Pey renunciar a una nacionalidad que no corresponde a la de su origen**, y que como vimos, ha adquirido en virtud de un régimen facultativo y renunciabile; más aún cuando el demandante nunca ha perdido su nacionalidad originaria, es decir, la española. Y aún en el caso de que nuestra Constitución intentase prohibir una nacionalidad cuyo ordenamiento jurídico no ha otorgado en forma originaria, **ello implicaría una vulneración del CDN España-Chile**, que se encuentra prohibida por el ya mencionado art. 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados; según el cual, un Estado no puede invocar su derecho

interno, como excusa para no cumplir un Tratado Internacional; en virtud de lo dicho, hay una nueva razón para que la Constitución de 1980 permita la renuncia voluntaria del sr. Pey a su nacionalidad chilena.

- La nacionalidad chilena se pierde en la misma forma que se concede

Tal como pudimos advertir a la hora de analizar cada una de las causales del artículo 11 de la Constitución Política de 1980, salvo aquellos numerales que conciben a la pérdida de nuestra nacionalidad como una sanción por la comisión de una conducta social y patrióticamente reprochable; el tratamiento que nuestra Constitución otorga a la pérdida de la nacionalidad, conduce a la conclusión de que dicho atributo de la personalidad **puede llegar a perderse en la misma forma que se adquirió**, especialmente si la nacionalidad chilena se adquirió a través de un modo derivativo, como fue el caso del señor Víctor Pey. En efecto, siguiendo el aforismo “En derecho las cosas se deshacen en la misma forma en que se hacen” los autores hemos llegado a la conclusión que, en caso de una nacionalidad adquirida de modo derivativo, **la nacionalidad chilena puede perfectamente abandonarse**, cumpliendo mismas formalidades por las cuales fue adquirida.

En el caso concreto, el sr. Pey adquirió su nacionalidad chilena por carta de nacionalización, otorgada en virtud del CDN España-Chile; por lo tanto, nada obsta a que el sr. Pey, por su sola voluntad, pueda solicitar que su carta de nacionalidad chilena sea revocada en la misma forma en que ésta comenzó a

producir sus plenos efectos, es decir, mediante una nueva inscripción que cancele la anterior, dicha posibilidad es factible más aún, tomando en cuenta que el régimen en virtud del cual la carta de nacionalidad fue otorgada, es facultativo y renunciable en cualquier momento por su único y exclusivo beneficiario.

- Conciliación de la Constitución de 1980 con los Tratados Internacionales de DDHH.

Luego del análisis realizado precedentemente, en virtud del cual existen normas de Derecho Internacional Público, específicamente en materia de Derechos Humanos, ratificadas por nuestro Estado y que se encuentran vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales **obligan al Estado de Chile a permitir la libre renuncia a su nacionalidad**, sin importar si se trata de un mero cambio de vínculo político dentro de un régimen de simple nacionalidad; o bien de un traslado de estatuto, desde la Doble Nacionalidad hacia la Simple Nacionalidad. Al respecto, debemos recordar que el propio profesor José Luis Cea, ha reconocido al Tribunal de Arbitraje que una de las causas de la reforma constitucional del año 2005, fue la de poner nuestra carta fundamental, en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes dentro de nuestro Derecho.

Entre los Tratados citados por el profesor Cea se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica,

ambos citados precedentemente por los autores, los cuales obligan a Chile a permitirle, o mejor dicho, a no poner trabas a sus nacionales que deseen poner fin de manera voluntaria a dicho vínculo de nacionalidad. En consecuencia, los autores consideramos que la interpretación del art. 11 N° 1 de la Constitución de 1980, que mejor concilia nuestra carta fundamental con el texto de los citados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es aquella que **incluye la posibilidad** de que un Doble Nacional chileno, pueda renunciar a su calidad de tal, para pasar a tener solamente su nacionalidad extranjera.

Por todos los motivos antes citados, los autores creemos firmemente que el Derecho chileno aplicable en 1996 en general, y la Constitución Política de 1980 en particular, **permitían al demandante, señor Víctor Pey Casado, renunciar voluntariamente a su nacionalidad chilena, y permanecer desde ese momento en adelante, y en forma exclusiva, como nacional del reino de España.**

Verificada y comprobada la posibilidad de que el sr. Pey pudiese, bajo el Derecho chileno, renunciar voluntariamente a su nacionalidad chilena, resta aún por determinar **si ésta renuncia se verificó en forma válida**, y produjo el acto alegado por los demandantes, plenos efectos jurídicos tanto en el Derecho Internacional, como en el derecho interno de Chile, como para cumplir con lo dispuesto en el Convenio CIADI. El sr. Pey alega haber solicitado el 10-12-1996 al Departamento de Extranjería y Migración de Chile, que se inscribiese en el

registro chileno de “Cartas de Nacionalización”, la cancelación de su nacionalidad chilena, fundada en su voluntad de renunciar al régimen jurídico de Doble Nacionalidad establecido por el CDN España-Chile, dada su residencia inscrita en España desde 1974; la veracidad de la solicitud efectuada por el sr. Pey en dicha fecha, consta al Tribunal de Arbitraje, toda vez que tuvo dicha circunstancia por acreditada.

Luego, el demandante obtiene el día 19-12-1996 una confirmación emanada registro municipal (del Ayuntamiento) de Madrid, España, que su residencia tanto política como civil se encuentran en ese país y en esa ciudad, respectivamente; posteriormente (y previa solicitud del actor) el Registro Consular Español en Santiago, suprime al sr. Pey del listado de españoles residentes en Chile, tras comprobar que la residencia del sr. Pey se encuentra fijada en España desde 1974; finalmente, el señor Pey procede a ratificar, en términos explícitos y directos, su renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena a través de una declaración unilateral celebrada ante el Registro Consular Español en Mendoza, Argentina; luego de esto, el 2-10-1997 Víctor Pey otorga su consentimiento al arbitraje del CIADI invocando únicamente su nacionalidad española, distinta del estado receptor de su inversión (Chile).

Con posterioridad a la primera “fecha crítica” el sr. Pey obtuvo mediante la declaración de un Juez Municipal de Madrid, la confirmación de su domicilio político en España, el cual, a solicitud de la parte demandante, fue comunicado

por la vía diplomática al Gobierno de Chile, el cual procedió a la inscripción de Víctor Pey como extranjero el día 4-08-1998. Como sabemos, el Tribunal de Arbitraje otorgó, a éste último hecho el valor de una **prueba confesional** por parte del estado de Chile, de la calidad de extranjero del sr. Pey y de ello se valió para admitir su renuncia voluntaria a la nacionalidad de Chile; al respecto los autores sólo queremos agregar dos principios universales respecto de todo sistema registral, y los efectos jurídicos que dicho sistema produce en cualquier parte del mundo.

En primer lugar; una inscripción cesa sus efectos jurídicos sólo en virtud de una nueva inscripción, que cancela a la anterior; esto fue lo que en concreto intentó realizar el sr. Pey en diciembre de 1996, al solicitar una inscripción que tuviera el mérito de cancelar la anterior inscripción que le concedió la nacionalidad chilena de acuerdo al CDN España-Chile; este principio también se relaciona con el reiterado aforismo “en derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen”. No obstante la inscripción de extranjero del sr. Pey en los registros chilenos se ha producido con posterioridad a ambas “fechas críticas” por lo que en principio no cumpliría con lo dispuesto por el Convenio CIADI para presentar su demanda, sin embargo, aquí surge el segundo de los principios aplicables a todo sistema de registro en cualquier parte del mundo; a saber, una vez practicada la inscripción, por ficción legal, se entiende que ésta produce todos sus efectos jurídicos, en forma retroactiva a la fecha en que dicha inscripción fue solicitada, así la extranjería inscrita del

sr. Pey, surte efectos retroactivos desde el 10-12-1996, lo que, a juicio de los autores, **lo habilita para presentar su demanda ante el Tribunal de Arbitraje.**

Por tanto, y en virtud del extenso análisis realizado precedentemente, los autores hemos llegado a la conclusión que el señor Víctor Peycumple con el requisito de nacionalidad establecido por el artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI, al haber renunciado válidamente a su nacionalidad chilena, con anterioridad tanto a la fecha del consentimiento al arbitraje, como también a la fecha de registro del procedimiento arbitral, coincidiendo así, con lo declarado por el Tribunal de Arbitraje, pero habiendo llegado a ésta conclusión a través de nuestras propias consideraciones de hecho y de derecho.

V. La Nacionalidad de la Fundación Presidente Allende y el Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile

1. Enumeración de Objetivos

- a) Establecer los criterios que determinan la nacionalidad de una persona jurídica de acuerdo al Convenio CIADI.
- b) Identificar el momento de apreciación de la nacionalidad de la parte solicitante.
- c) Determinar el tratamiento que otorga el APPI a los dobles nacionales.

2. Exposición del Tribunal de Arbitraje

- a) Nacionalidad de la Fundación Presidente Allende según el Convenio CIADI¹⁹

El Tribunal de Arbitraje indica que no cabe duda alguna que la Fundación posee únicamente la nacionalidad española, el órgano arbitral se preocupa de analizar en detalle, el cumplimiento del segundo demandante del requisito de nacionalidad establecido por el artículo 25 (2) (b) del Convenio CIADI, el cual es citado en forma textual en el Laudo. Luego se encarga de exponer el argumento de la parte Demandada, en que, de los 3 fundadores, el único exclusivamente español es el sr. Garcés; ya que el sr. Martner es chileno y el sr. Pey comparece como Doble Nacional español-chileno. En cuanto a los aportes que

¹⁹ LAUDO, (pp. 176-178)

conformaron el patrimonio de la Fundación, la República alega que una parte de proviene de fuente extranjera, pero otra parte proviene de fuente chilena; por lo que estima “dudoso” que la Fundación tenga la nacionalidad española.

Ante ésta alegación, el Tribunal se pregunta qué criterio prima a la hora de determinar la nacionalidad de una persona jurídica, y destaca que los criterios adoptados para determinar ésta nacionalidad no son siempre los mismos, con todo, se indica que principalmente se adopta el criterio del lugar de constitución y el de la sede social establecida en los estatutos; en consecuencia, el Tribunal de declaró que la Fundación Presidente Allende, al haberse constituido y tener su sede social en España, cumple con el requisito de nacionalidad establecido en el Convenio CIADI.

b) Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile

b.1) Nacionalidad de Víctor Pey²⁰

El Tribunal de Arbitraje cita el art. 1° del APPI España-Chile, que prescribe al inversionista ser nacional según el “Derecho de la parte correspondiente”, al respecto, se destaca que el requisito de nacionalidad del APPI se diferencia de su homónimo del Convenio CIADI en 2 aspectos fundamentales; a) el APPI no establece un momento determinado para apreciar la nacionalidad del inversionista, como lo hace el Convenio CIADI a través de sus “fechas críticas”

²⁰LAUDO, (pp. 133-135)

Para resolver el vacío, el Tribunal estima que dicha fecha es aquella en que el inversionista otorga su consentimiento al arbitraje, y funda su decisión en que la oferta de arbitraje debe existir realmente, y ello implica que todos los presupuestos de aplicación del APPI deben cumplirse en la fecha que el inversionista preste su consentimiento al arbitraje; y b) el tratamiento del APPI a los inversionistas con Doble Nacionalidad es diferente al del Convenio CIADI, , así, en el caso del APPI, el demandante debe tener la nacionalidad del otro Estado contratante. En consecuencia, el órgano arbitral estima que el actor sólo debía demostrar que poseía la nacionalidad española en el momento de aceptar la competencia del CIADI basada en el APPI España-Chile; por estas razones, el Tribunal de Arbitraje declara que Víctor Pey cumple el requisito de nacionalidad establecido por el APPI España-Chile.

b.2) Nacionalidad de la Fundación Presidente Allende.²¹

En base a los mismos fundamentos utilizados en los temas anteriores, respecto de la Fundación Presidente Allende, el Tribunal de Arbitraje sólo se limita a citar el art. 1.1 del APPI España-Chile, y a comprobar que la Fundación cumple con el ya mencionado doble criterio del lugar de constitución y sede, para declarar que la Fundación Presidente Allende cumple con el requisito de nacionalidad establecido por el APPI.

²¹LAUDO, (p. 181)

3. Nuestra Opinión

Resulta evidente que la principal controversia que se suscita entre las partes en el estudio del presente capítulo; es aquella sobre el cumplimiento del requisito de nacionalidad establecido en el Convenio CIADI, por parte del señor Víctor Pey, el cual después de un extenso análisis, los autores hemos llegado a la conclusión de que el mencionado primer demandante efectivamente cumple comentado requisito de admisibilidad de su demanda arbitral. Ahora, para cerrar éste capítulo hemos decidido agrupar en este apartado, nuestro comentario sobre las restantes controversias iniciadas entre las partes, o bien, ciertas alegaciones de la República de Chile respecto de otras cuestiones accesorias que vienen a completar la competencia del Tribunal de Arbitraje del CIADI en lo que respecta a la nacionalidad de ambos sujetos demandantes, a saber: el cumplimiento del requisito de nacionalidad según el Convenio CIADI de la Fundación Presidente Allende; y el requisito de nacionalidad impuesto por el APPI España-Chile respecto del sr. Pey y también de la Fundación.

a) La nacionalidad de la Fundación según el Convenio CIADI

Tal como indicamos en su momento, el Tribunal de Arbitraje comenzó su análisis sobre éste punto citando de manera textual el artículo 25 (2) (b) del Convenio CIADI, cita que los autores hemos decido reservarnos para efectuarla en éste instante, al comienzo de nuestro comentario. Así, en virtud de la norma en comento, el Convenio CIADI otorga la calidad de “nacional de otro estado

contratante” a: “toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, 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”.

Como es posible apreciar, el art. 25 (2) (b) del Convenio CIADI, que regula el requisito de nacionalidad respecto de personas jurídicas, presenta 2 diferencias respecto de su “norma hermana” que prescribe el mismo requisito respecto de las personas naturales –Art. 25 (2) (a)- que son las siguientes: En primer lugar, la norma relativa a las personas naturales, requiere que el inversionista tenga la nacionalidad de otro estado contratante, tanto en la fecha del consentimiento al arbitraje, como en la época de registro del mismo, es decir, respecto de los inversionistas personas naturales, el Convenio CIADI establece 2 “fechas críticas” con las que el individuo debe cumplir con su nacionalidad extranjera para presentar su acción de arbitraje, en cambio, podemos apreciar que la regla equivalente que rige para las personas jurídicas es menos estricta en cuanto al criterio temporal; en efecto, que sólo se establece una “fecha crítica” para acreditar la nacionalidad, o sea, la entidad inversionista sólo debe acreditar su calidad de “extranjera” en la fecha en que presta su consentimiento para el arbitraje.

En segundo lugar, el requisito de nacionalidad establecido para inversionistas que sean personas jurídicas; nuevamente es menos rígido comparado con la normativa dispuesta para los inversionistas que sean personas naturales; ya que las entidades pueden incluso tener la nacionalidad del estado contratante y su demanda ser apta para ser conocida por el Tribunal de Arbitraje, siempre y cuando ambas partes del procedimiento hayan consentido expresamente en ello, por estar sometida la persona jurídica a control extranjero. Como podemos apreciar, el Estado receptor tiene una facultad irrenunciable para denunciar la ausencia del requisito de nacionalidad respecto de los inversionistas que sean personas naturales, esto porque, aun en el caso de que el propio Estado consienta en el arbitraje, si el inversionista es nacional suyo y persona natural, el Tribunal es incompetente para conocer la demanda presentada y así debe declararlo *ipso facto*, es decir, es una **norma de orden público internacional**, en cambio, si se trata de una persona jurídica nacional, el órgano arbitral puede eventualmente llegar ser competente, en la medida que se cumplan los mencionados requisitos; por lo tanto, en éste caso el derecho del Estado a pedir el incumplimiento del requisito de nacionalidad sí es renunciable para el Estado anfitrión.

En el caso concreto, como vemos, la República de Chile admite que en los estatutos de la Fundación Presidente Allende se consigna que el lugar de su constitución es el Reino de España; no obstante intentó infructuosamente convencer al Tribunal de Arbitraje que el criterio de constitución no es el

preponderante a la hora de determinar la nacionalidad de una persona jurídica, arguyendo que la nacionalidad de sus fundadores no corresponde al Estado de España y que entre sus principales objetivos, la Fundación se propone ejercer acciones judiciales en Chile. Empero, como bien indica el Tribunal de Arbitraje, los criterios más utilizados para determinar la nacionalidad de una persona jurídica, son el lugar de su constitución y el de su sede social; así ha fallado la jurisprudencia del CIADI, y en el presente caso, el Tribunal de Arbitraje se sumó a dicha postura; al respecto, los autores sólo podemos declarar que adherimos completamente a la solución entregada por el órgano arbitral y consideramos que la pretensión de Chile es errada, ya que el criterio sugerido por la República para determinar la nacionalidad de la Fundación, sólo podría aplicarse en silencio de sus estatutos con respecto al lugar de Constitución y/o la sede social de la Fundación, lo que en el presente caso no ocurre, porque los estatutos de la entidad de beneficencia, son claros en señalar en uno y en otro caso, que el lugar requerido corresponde a la península, por lo cual, no cabe más que entender a la Fundación como una entidad española.

Finalmente, y como ha ocurrido en las principales controversias del arbitraje, nos encontramos con actuaciones oficiales del Estado de Chile que no hacen más quereconocer la pretensión de los demandantes, es el caso de la dictación del Decreto exento N° 2261 del Ministerio de Justicia, de fecha 21-07-2006 el que “Autoriza a la Fundación Presidente Allende – **España**, para desarrollar actividades en el país” el destacado es nuestro, y lo empleamos

para evidenciar que ya en el enunciado del Decreto, el propio Estado de Chile **está reconociendo como extranjera a la Fundación Presidente Allende**, y por medio de esta norma, la autoriza en calidad de tal, a desarrollar actividades en Chile bajo su propia denominación más la mención al país de donde es originaria, por lo tanto, para los autores no hay ninguna duda sobre la nacionalidad española de la Fundación Presidente Allende, y que con ello, la entidad sin fines de lucro cumple el requisito de nacionalidad establecido en el art. 25 (2) (b) del Convenio CIADI.

b) El Requisito de Nacionalidad del APPI España-Chile

Como podemos apreciar, nos encontramos con dos especies de requisitos de nacionalidad; el más importante es sin duda el establecido por el Convenio CIADI, ya que es uno de los presupuestos más importantes de la competencia del Tribunal de Arbitraje, mientras que en el caso del APPI España-Chile; se trata más bien de un requisito dentro de otro requisito. En efecto, la satisfacción del requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI, tiene la utilidad de completar el presupuesto del Consentimiento de Chile de recurrir al arbitraje del CIADI, ya que, como bien sabemos, dicho consentimiento se encuentra entregado en forma previa y automática, con la firma del APPI, pero para entender el consentimiento del Estado anfitrión deben cumplirse los requerimientos establecidos por el mentado Tratado Bilateral, pues bien, corresponde ahora

determinar el cumplimiento del último requisito impuesto por el APPI, que es el de nacionalidad.

Señala el APPI España-Chile en su artículo 1.1, que entiende por “inversionistas”: “... las personas físicas o naturales nacionales según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras”. Como bien indica el Tribunal de Arbitraje, el APPI se diferencia del Convenio CIADI, en que el primero no establece alguna “fecha crítica” que permita determinar en qué momento debe verificarse la nacionalidad del inversionista, para que los efectos del Tratado le sean aplicables; ante esto, el órgano arbitral llegó a la determinación de que el requisito de nacionalidad del APPI debe acreditarse en el momento de comparecer a dar su consentimiento al arbitraje del CIADI.

Los autores nos mostramos nuevamente de acuerdo con la solución dada en el caso por el Tribunal de Arbitraje; básicamente por dos motivos; en primer lugar, el papel del APPI España-Chile en ésta controversia (y al igual que en aquella del requisito de inversión del Tratado Bilateral), es otorgar o consagrar la competencia a un Tribunal de Arbitraje del CIADI, como uno de los métodos de

solución pacífica de controversias entre uno de los Estados Contratantes y un inversionista nacional del otro Estado parte del APPI, por lo tanto, la nacionalidad del inversionista de acuerdo al APPI, se entiende para el sólo efecto de otorgar competencia al CIADI, y por tanto, el momento en que debe verificarse dicha nacionalidad es una regla procesal de competencia que corresponde establecer de manera exclusiva al Convenio CIADI y esa es la razón por la que el APPI omite la mención a una determinada fecha crítica, respecto de la cual debe hacerse válida la condición de extranjero del inversionista; en otras palabras; el requisito de nacionalidad del APPI España-Chile, **no hace más que remitirse a las reglas de competencia establecidas por el Convenio CIADI** para que sean éstas disposiciones las que regulen los aspectos específicos de la competencia que el APPI entrega a un Tribunal de Arbitraje del CIADI, y entre dichos aspectos claramente se encuentra el momento válido para determinar la “extranjería” del inversionista, lo que el Convenio regula a través de dos fechas críticas, de las cuales adquiere total relevancia la primera de ellas y es aquí donde pasamos a nuestra segunda razón.

El segundo motivo, es prácticamente una consecuencia del primero, y es el siguiente: si el requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI, es uno de los elementos establecidos para determinar la fecha del consentimiento de las partes para el arbitraje del CIADI, es lógico pensar que la fecha en que dicha nacionalidad de acuerdo al APPI debe hacerse efectiva, es aquella que

corresponde al consentimiento de ambas partes al arbitraje. No debemos olvidar el carácter accesorio que reviste el requisito de nacionalidad del APPI España-Chile, en comparación con su homónimo del Convenio CIADI, mientras éste último es un requisito por sí solo para determinar la competencia del Tribunal de Arbitraje, el primero es sólo uno de los elementos que permiten establecer otro de los requisitos de competencia, cuál es el consentimiento de las partes en recurrir al CIADI, para resolver el conflicto.

En cuanto a la nacionalidad del sr. Pey, los autores ratificamos la solución del Tribunal de Arbitraje, en orden a que el APPI nada dice respecto de los inversionistas que tengan una Doble Nacionalidad que radique precisamente en que el sujeto en cuestión sea nacional de los dos estados contratantes, como es el caso de Víctor Pey, y por tanto, no **cabe excluirlo del ámbito de su aplicación, porque para ello se requiere una disposición expresa del Tratado Bilateral que así lo indique, lo que en el caso concreto no se produce.** Por lo tanto, y en concreto, al sr. Pey sólo correspondía acreditar su calidad de nacional español, que es la contraparte del Estado receptor de la inversión en el marco del APPI, y como se trata de su nacionalidad de origen, la cual no ha perdido en ningún momento, a los autores no nos queda más que declarar que **el señor Víctor Pey cumple el requisito de nacionalidad establecido por el artículo 1.1 del APPI España-Chile.**

En cuando a la nacionalidad de la Fundación Presidente Allende, es claro que la entidad sin fines de lucro **también cumple el requisito de nacionalidad impuesto por el APPI España-Chile**, al haberse constituido en España, y bajo la legislación española, tal como manda el citado art. 1.1 del estudiado Convenio Bilateral.

Para cerrar, y en vista del análisis realizado en forma paralela a los requisitos de inversión y nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI, los autores hemos llegado a la conclusión de que, tanto el señor Víctor Pey Casado, como la Fundación Presidente Allende; cumplen simultáneamente los requisitos de inversión y nacionalidad de acuerdo al APPI España-Chile, por lo tanto se entiende, necesariamente, que **el requisito del Consentimiento de ambas partes en recurrir al arbitraje del CIADI, también se encuentra cumplido**, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 del Convenio CIADI.

CAPÍTULO SEGUNDO

APLICABILIDAD DEL APPI ESPAÑA-CHILE Y DECISIÓN DE FONDO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Primera Parte: Aplicabilidad del APPI España-Chile al arbitraje

- I. El APPI España-Chile y la Competencia del Tribunal de Arbitraje
 1. Enumeración de Objetivos
 - a) Analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10 del APPI.
 - b) Cuáles son condiciones de aplicación del APPI establecidas en su art. 2
 - c) Determinar la competencia *ratione temporis* del tribunal de arbitraje.
 - d) Referirse a aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el APPI.
 - e) En definitiva, declarar si se encuentra cobijada por el APPI, la transacción realizada por el sr. Pey en 1972.
 2. Exposición del Tribunal de Arbitraje²²

El Tribunal indica que, para perfeccionarse el consentimiento de las partes de recurrir al arbitraje, desde la aceptación del inversionista de la oferta de arbitraje realizada por el Estado receptor; es necesario que dicha oferta sea efectuada

²²LAUDO, (pp. 136-139)

de manera que contenga las materias que el inversionista pretende someter a arbitraje, y es en ese sentido que el Tribunal pretende analizar en concreto, si es que se cumple o no con ese requisito y para ello será necesario analizar las condiciones de aplicación *ratione temporis* (en razón del tiempo) del APPI, respecto de su aplicación a este caso en particular. Como punto de partida, el Tribunal fija el momento en el cual el APPI ha entrado vigor, siendo la fecha exacta el día 29-03-1994; luego analiza el art. 10 del APPI, el cual prevé la posibilidad de recurrir a arbitraje CIADI en caso de presentarse una “controversia” en lo relativo a las inversiones entre el Estado receptor y un inversionista del otro Estado parte del Tratado.

En este punto el art. 10 del APPI señala en los puntos 1 y 2, la forma de resolver los conflictos planteados por las partes; en el punto 3, se indica que el órgano que conocerá y resolverá el conflicto se determinará “a elección del inversionista” entre el CIADI o un Tribunal Arbitral *Ad hoc*. En el punto 4 de la citada disposición se regula en base a qué normas resolverá el Tribunal, el punto 5 en tanto, determina que el Laudo serán definitivo y obligatorio para las partes, y por último el punto 6 prescribe las abstenciones o conductas a las que quedan sujetas las partes del conflicto mientras se ventila el respectivo asunto.

Posteriormente, el Tribunal analiza las disposiciones relativas a su aplicación en el tiempo respecto al art. 2° del APPI España-Chile, que plantea dos cuestiones distintas que no se deben confundir: a) La competencia *ratione temporis* del

Tribunal y b) La aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas del APPI. En este sentido, los actores han declarado ante el Tribunal, que el único criterio que debía tomarse en consideración era, si hay surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI. Luego el Tribunal señala que es necesario el cumplimiento de dos presupuestos para considerar la Responsabilidad del Estado Chileno en aplicación a las disposiciones del APPI: a) primero, que el tribunal tenga competencia *ratione temporis* para conocer del asunto y b) segundo, que las disposiciones sustantivas del APPI sean aplicables a las supuestas violaciones, también en virtud de la aplicación *ratione temporis* del APPI España-Chile. En el caso concreto, no cabe duda que se cumplen los requisitos dispuestos en, el artículo 2.2; finalmente, el Tribunal se propone establecer si las diferencias alegadas por las partes surgieron con posterioridad a la entrada en vigencia del APPI.

3. Nuestra Opinión

Hemos decidido radicar nuestro comentario en analizar los numerales del artículo 10 del APPI España-Chile, así, la disposición 10.1 del mencionado Tratado Bilateral señala “Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una parte Contratante y un inversionista de la otra parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en controversia”. Como podemos

apreciar, **el art. 10.1 del APPI España-Chile no es más que el equivalente al art. 25 del Convenio CIADI**, ya que al igual que el tratado multilateral orgánico del Centro, el Tratado Bilateral de fomento recíproco de inversiones, contempla la posibilidad de una diferencia o controversia, suscitada entre uno de los Estados Contratantes y el nacional del otro estado parte del acuerdo, la cual debe ser relativa a una inversión realizada por este último en territorio del primero, es decir, en ésta norma el APPI establece también un requisito de inversión y un requisito de nacionalidad, los cuales – como estudiamos en los anteriores capítulos- en el presente caso son los presupuestos necesarios para tener por establecido el consentimiento de Chile, de solucionar dicha controversia por uno de los métodos establecidos por el art. 10 Del APPI España-Chile.

Como es posible apreciar, la parte final del art. 10.1 del APPI España-Chile establece una regla preventiva, que establece la celebración de “consultas amistosas”, las que solucionarán “en la medida de lo posible” la controversia suscitada entre las partes. Cabe determinar por lo tanto, **cuál es la verdadera naturaleza de ésta disposición**; y los autores hemos llegado a la conclusión de que **el requisito de las consultas amistosas no es facultativo sino que es obligatorio** para ambas partes, sobre todo para aquella interesada en acceder a los métodos de solución de controversias establecido por el APPI, de modo tal, que la celebración de consultas amistosas entre el inversionista y el estado receptor, es un requisito insoslayable a la hora de solucionar el conflicto;

en concreto, podemos decir (a éstas alturas de la investigación) que consta en el arbitraje; el hecho que la diferencia entre los demandantes y la república de Chile es relativa a una inversión, de la cual son titulares 2 nacionales españoles, y que tuvo su fuente en territorio chileno, con lo que lo dispuesto en el mencionado art. 10.1 del APPI, se cumple en el caso concreto.

En efecto, consideramos que el APPI al utilizar los términos “será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas...” lo que quiere decir es que si bien no es seguro que el conflicto se solucione por esta vía, al menos las partes están obligadas a intentarlo de forma amistosa, en otras palabras, las referidas consultas no son otra cosa que **una formalidad previa, establecida para optar eventualmente, a solucionar la controversia por otro camino.** Luego, la disposición 10.2 del tratado bilateral consagra que: “Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de **seis meses** a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes...”, el destacado es nuestro, y lo utilizamos para evidenciar que la norma del tratado establece un plazo mínimo y obligatorio en el que se espera que las consultas amistosas surtan efecto y eventualmente, puedan poner fin a la disputa en forma satisfactoria para ambas partes; dicho plazo es de 6 meses contados desde el inicio de las consultas amistosas por cualquiera de las partes.

A la vez, el término establecido cumple el rol de **plazo suspensivo** para cualquiera de las partes (o para ambas) en el caso de que sus legítimas

expectativas no comprendan la solución de la controversia por la vía amistosa, exigida por el tratado. En el presente caso, también se ha tenido por acreditado en el marco del arbitraje, el intercambio de correspondencia entre el sr. Pey y el Gobierno de Chile, que data del año 1995 y en virtud del cual, la administración del Estado anfitrión le comunica al demandante que una ley indemnizatoria para casos como el suyo se encuentra en tramitación, dichas comunicaciones recíprocas, califican a nuestro juicio como las consultas amistosas requeridas por el APPI, las que son anteriores en 2 años al consentimiento de arbitraje efectuado por el sr. Pey (1997).

Posteriormente, el art. 10.2 establece que en caso de fracaso de las consultas amistosas, el inversionista puede, a su arbitrio, optar por recurrir ante la jurisdicción interna del Estado receptor o un arbitraje internacional. Luego, el inciso segundo de ésta disposición 10.2 señala que: “Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva” ésta la denominada “cláusula de opción irrevocable o *fork in the road*” según la cual, el método de solución utilizado no puede ser sustituido con posterioridad, ni tampoco podrá ejercerse en forma paralela, más de uno de los métodos de solución de controversias establecidos por el APPI España-Chile; en el presente caso –como veremos en su momento– Chile posteriormente invocará la disposición estudiada contra los demandantes, en lo relativo a la reivindicación de la máquina rotativa Goss, expresamente

excluida de la demanda arbitral de 1997, pero que formó parte de la demanda complementaria de 2002; más adelante analizaremos dicha controversia, y comentaremos por cierto, su resolución.

La disposición 10.3 en tanto, indica que: “En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversionista” y señala la disposición, que las alternativas son un arbitraje CIADI o un arbitraje internacional *ad-hoc*. Es decir, en virtud de ésta norma, el APPI ofrece una nueva facultad al inversor; aparte del derecho a elegir entre la jurisdicción interna del Estado anfitrión de la inversión y un arbitraje internacional; el Tratado también entrega la facultad al inversionista, de elegir entre el arbitraje del CIADI, o un arbitraje internacional *ad-hoc* conformado de acuerdo a las normas dictadas por la ONU en la materia, en el mes de octubre de 1997, Víctor Pey se acogió a dicha norma, e hizo efectiva una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

La importancia del artículo 10 del APPI España-Chile para la el caso concreto resulta fundamental, ya que ésta disposición, en concordancia con el art. 25 del Convenio CIADI, son las normas que fundan la competencia al Tribunal de Arbitraje en el presente caso; las cuales, sumadas al artículo 2.2 del APPI, son las que originan la denominada competencia *ratione temporis* del Tribunal de Arbitraje, en una múltiple y recíproca concordancia entre las normas

mencionadas que al caso concreto se aplica de la siguiente manera: ante una diferencia, relativa a inversiones, entre el inversionista nacional de un estado (Víctor Pey y la Fundación Presidente Allende) y el estado receptor de la misma (Chile), (art. 10.1 del APPI España-Chile y art. 25 del Convenio CIADI) y luego de haber recurrido infructuosamente a las consultas amistosas (art. 10.1 del APPI) el inversionista ha optado por el arbitraje CIADI como método de solución de la controversia (art. 10.3 del APPI), que se refiere a una inversión iniciada con anterioridad a la vigencia del APPI y que se mantiene vigente (art. 2.2 del APPI).

La figura mencionada no debe confundirse con la aplicabilidad *ratione temporis* de las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile, la cual sólo se funda en los artículos 2.2 y 2.3 del mencionado tratado bilateral; y que ofrece su protección incluso a inversiones que se hayan iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia, siempre y cuando la inversión se mantenga aún vigente; en tal caso, la aplicabilidad *ratione temporis* del APPI se hará efectiva sólo a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor, tal como se concluyó al tratar el requisito de inversión del APPI, en el capítulo primero.

Siguiendo con el análisis del art. 10 del APPI, llegamos a la disposición 10.4 la que prescribe: “El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la parte contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas relativas conflictos de leyes- y a los

términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia”, ésta es una norma procesal clásica que consagra la naturaleza de “árbitro de derecho” del tribunal que conocerá de la controversia; y establece que deberá conocer y fallar conforme a derecho; y dichas normas serán el propio APPI, el Convenio CIADI, el Derecho Interno de Chile y los principios del Derecho Internacional; ésta norma se encuentra claramente cumplida, ya que, según lo estudiado del laudo hasta el momento, el Tribunal se ha valido de todas éstas normas para sus decisiones.

La disposición 10.5 señala: “Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia” como vemos, no es más que una norma inherente a todo arbitraje, y que en el procedimiento arbitral regulado por el Convenio CIADI tiene su norma análoga. Finalmente, el art. 10.6 del APPI indica lo siguiente: “Las partes contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos...” Como vimos en su momento, Chile vulneró esta disposición, al intentar hacer valer una interpretación *a posteriori* del art. 2.2 del APPI, específicamente del requisito de inversión, con el objeto de que su pretensión fuera acogida, sin embargo, el Tribunal de Arbitraje detectó el incumplimiento de la disposición 10.6 por parte de Chile, y desestimó la prueba presentada por la demandada; en su momento, los autores señalamos que muy

probablemente, dicha acción tuvo otras consecuencias silenciosas en la decisión arbitral.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado en la decisión, lo principal que debemos considerar es que, la legislación aplicable a éste caso según el Tribunal es precisamente aquella vigente al momento de materializarse la inversión, es decir, en el año 1972, y además es necesario que este acto jurídico se configure según los términos del segundo apartado del artículo primero del APPI, hecho que ha sido latamente sostenido por los autores en el marco de nuestra investigación y que a nuestro juicio se cumple absolutamente en el caso concreto. Es por aquello resulta de toda lógica aseverar que en atención a lo prescrito por el artículo 2.2 del APPI, la inversión realizada por el Sr. Víctor Pey Casado en el año 1972 en la República de Chile, se enmarcaría dentro de los términos legales figurando como inversión extranjera, puesto que, la norma es clara y no admite otra interpretación al indicar que “el presente tratado se aplicará (...) también beneficiara a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera”.

Lo anteriormente citado se ve reforzado por la decisión del tribunal al utilizar el estatuto del inversionista (DFL 258 de 1960) como Ley aplicable al caso en comento, si hubiese tomado otra decisión distinta a la ya expuesta, se encontraría vinculado en conflicto con su misma parte considerativa, puesto que

ya había tomado una decisión en esa línea anteriormente y en esta oportunidad solo la ratificó.

II. Las diferencias entre las partes de 1995, 2000 y 2002

1. Enumeración de Objetivos

- a) La pertinencia de la interpretación del art. 2.3 del APPI consignadas en las actas de las reuniones técnicas entre España y Chile
- b) El concepto de “controversia”, invocado por las partes como sinónimo de “diferencia”.
- c) Si los hechos alegados por los demandantes en 1995; es decir, la demandas judiciales y administrativas interpuestas por el sr. Pey para la restitución de los bienes confiscados y la respuesta de las autoridades chilenas, se configuran como una diferencia en los términos del APPI o bien, dicha controversia habría surgido el 10-02-1975 y por ende, antes de la entrada en vigor del APPI, como sostiene la demandada.
- d) Si la decisión N° 43 del Ministerio de Bienes Nacionales del año 2000, constituye una nueva diferencia entre las partes, según los términos del APPI
- e) Si al año 2002, transcurridos 7 años de interpuesta la demanda interpuesta por Víctor Pey, para la restitución de la máquina rotativa Goss, sin que se haya producido una decisión de fondo en todo éste periodo y la interposición de una demanda complementaria ante el tribunal de arbitraje por denegación de justicia, configuran una nueva diferencia entre las partes.

2. Exposición previa del Tribunal de Arbitraje²³

En ésta parte del Laudo, el Tribunal de Arbitraje se plantea la interrogante, acerca de si se encuentran protegidas por las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile, y al respecto, el órgano arbitral cita el art. 2.3 del mencionado tratado bilateral, en virtud del cual, el APPI no se aplicará a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor. Esta norma, el órgano arbitral la entiende del siguiente modo: sólo tendrá competencia *ratione temporis* para conocer de las controversias o reclamaciones que hayan nacido con posterioridad a la entrada en vigencia del APPI (1994).

El Tribunal estima que los términos de la disposición 2.3 del APPI, “controversias” y “reclamaciones”, suponen que los Estados contratantes han asignado un significado diferente para cada uno de ellos. En el marco del arbitraje, las partes han hecho valer sendas interpretaciones o significados de ambos conceptos, donde la diferencia más patente es respecto del alcance de la voz “controversias”.

Se deduce por el órgano arbitral, que el análisis de las presentaciones de las partes, que éstas han llegado a acuerdo sobre el significado que debe otorgarse al término “reclamaciones”, el que equivale al término inglés *claims* y que en el

²³ LAUDO, (pp. 139 y 140)

caso concreto debe entenderse como “demanda”, presentada por alguna de las partes con el objeto de hacer valer sus derechos; así en la audiencia de fecha 29-10-2001, los demandantes sostuvieron que “... en lo que respecta a la reclamación, estamos bastante de acuerdo en que se traduciría al inglés por *claim* (...) supone una acción de reclamar, y por tanto, una acción, una demanda, una acción en derecho”.²⁴ La parte demandada en tanto, sostiene que “Del tratado no tendrá aplicación a controversias, (en francés ‘differends’), y a reclamaciones, ‘depots de demande’ en francés, que hayan sucedido antes de su entrada en vigor el 29 de Marzo de 1994”.²⁵

Por lo tanto, queda por resolver para el Tribunal de Arbitraje, el debate acerca del significado del concepto “controversias”; si bien las partes se encuentran de acuerdo de que el término es sinónimo de “diferencias”, están en profundo desacuerdo respecto del sentido y alcance que debe otorgarse a ésta palabra. En relación con ello, los demandantes invocan 3 diferencias, las que según su pretensión se han producido con posterioridad a la entrada en vigencia del APPI; la primera es de 1995, la segunda de 2000 y la tercera data del año 2002.

²⁴ AUDIENCIA 29-10-2001, transcripción, (p. 105), citada en LAUDO, (p. 140)

²⁵ AUDIENCIA 4-05-2000, transcripción, (pp. 14-15), citada en LAUDO (p. 140)

3. Posiciones de las partes

a) Diferencia de 1995²⁶

La posición de las partes en este punto resulta absolutamente discordante, como en la gran mayoría del arbitraje, es así como la parte demandada esgrime que la única diferencia posible en ésta época, surge mucho antes del año 1994- momento de la entrada en vigor del APPI- a ésta conclusión arriba la demandada, interpretando el artículo 10 del APPI, en lo relativo a que, para que dicha diferencia se verifique no es necesario que la divergencia se plantee por una parte a la otra. A juicio de la República de Chile, esto se vería refrendado por la aprobación de precisar el sentido y alcance de determinadas disposiciones del APPI en las reuniones técnicas realizadas en los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 por representantes de ambos países, a iniciativa de la demandada.

Posteriormente, la parte demanda persiste en su argumentación señalando que el artículo 2.3 del APPI excluirá las controversias y reclamaciones surgidas de actos producidos con anterioridad a la entrada en vigor del APPI, y Como ya se señaló anteriormente, Chile pretende argumentar que la “diferencia” jurídica surge al momento de la decisión del Estado de confiscar, mediante el decreto N° 165 del año 1975, las empresas CPP S.A. y EPC Ltda., que constituyen la

²⁶LAUDO, (pp. 140-142)

supuesta inversión del Sr. Pey Casado, hecho que incluso habría sido reconocido por la demandante.

Los demandantes responden diciendo que el concepto “controversia” implica obligatoriamente la presencia de versiones contrapuestas, igualmente se refiere a “todas las hipótesis en los que ha habido al menos un mínimo intercambio para permitir materializar la controversia, disputa o discusión”, también señalan que es imperioso distinguir la controversia propiamente tal, de los hechos que han dado origen a la misma, distinción que la demandada no tiene en consideración. Según la postura de los demandantes, lo anterior resulta de vital importancia puesto que el Tribunal debe valorar la situación teniendo presente que los hechos fundantes de la controversia se remontan al Decreto 165 de fecha 10-02-1975, pero que la primera “controversia” propiamente tal entre las partes se produce el 20-11-1995 cuando el Estado de Chile contesta negativamente la reclamación efectuada por Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, la cual fue presentada el 6-09-1995.

En consecuencia, los actores sostienen que esta reclamación si estaría cobijada por el APPI, pues se produjo después de su entrada en vigor, o sea después del año 1994, por lo que el APPI le sería aplicable a esta controversia; también la demandante alega la impertinencia e ineficacia al presente caso, del acta de las reuniones técnicas de fecha 1-10-1998, invocado por la demandada,

señalando que éste medio probatorio se habría producido en forma fraudulenta, en contravención a lo dispuesto por el art. 10.6 del APPI España-Chile.

b) Diferencia de 2000²⁷

El día 3-04-2000, el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile dicta la Decisión 43, en virtud de la cual, el estado demandado ha resuelto indemnizar a terceras personas, por la supuestas inversiones realizadas por el sr. Pey Casado en Chile, es decir, por la confiscación de las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. En sus alegaciones, la demandante expone que esta resolución “constituye una vez más un acto de denegación de la protección a las inversiones, y saber si fue antes o después de la puesta en vigor del Tratado que surgió la controversia, nos parece hoy ya fuera del caso, ya que el 28 de Abril pasado un nuevo acto del mismo tipo se materializó”.²⁸

A éste argumento, la demandada responde señalando que: “La resolución número 43 se ha dicho que tiene un efecto desposeedor respecto de los dueños de estas acciones. Nada más lejos de la verdad, todo lo contrario acoge la solicitud de indemnización presentada por los legítimos dueños”.²⁹ En efecto, para la República, la Decisión 43 dista mucho de ser causante de un nuevo litigio que cabe dentro de la aplicación del APPI, y que el Tribunal de Arbitraje

²⁷ LAUDO, (p. 146-147)

²⁸ AUDIENCIA 4-05-2000, Transcripción (p. 103), citada en LAUDO (p. 146)

²⁹ AUDIENCIA 5-05-2000, Transcripción (p. 166), citada en LAUDO (p. 146)

había decidido que “la decisión N° 43 se refería únicamente a terceras partes y no a las Demandantes, y que en todo caso no ocasionó perjuicio alguno a las Demandantes dado que simplemente dictaminó compensación a terceras partes sin pretender adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las demandantes”.³⁰

Los actores replican afirmando que la Decisión 43 es “un nuevo elemento constitutivo del diferendo”, es así como esta controversia habría surgido el 3 y 4 de mayo del 2000 ante el CIADI, momento en el cual la demandada develo su existencia y la demandante se opuso a ello.

c) Diferencia de 2002³¹

De acuerdo con los argumentos planteados por los demandantes³², existe una nueva diferencia posterior a la entrada en vigencia del APPI, y para sostener esto, alegan que el procedimiento incoado en 1995 nunca dio algún resultado sobre el fondo durante un periodo de 7 años por parte de la administración de justicia de la República; a mayor abundamiento, los actores aseguran que, aunque se diera una resolución sobre el fondo del asunto, la Decisión 43 despojaría de todo efecto a esta sentencia judicial. También esta misma parte arguye a que “han visto desestimados todos los recursos planteados(por la

³⁰CONTESTACIÓN, (p. 149), citada en LAUDO, (p. 146)

³¹LAUDO, (pp. 147-150)

demandante) ante el Poder Ejecutivo y Poder Judicial con el objetivo de cuestionar compatibilidad de la Decisión N° 43 con el procedimiento incoado en 1995”.

Para fundamentar sus alegaciones, los actores se apoyan en una cantidad de actos interpuestos ante las autoridades chilenas (administrativas, judiciales y de contraloría) que tenían la finalidad de que se les reconocieran los derechos que estos poseían sobre la rotativa Goss y que en definitiva (y según su visión) jamás fueron debidamente considerados ni solucionados por el Estado chileno³³, es por esto que el rechazo a todas estas acciones de repercusión legal, efectivamente configuraría una nueva diferencia en la cual sería competente bajo el APPI y por lo tanto el Tribunal arbitral es competente para conocerla y resolverla, toda vez que ésta se produce en el año 2002, es decir, mucho después de la entrada en vigor del APPI.

Los demandados no abordan directamente el hecho de una nueva diferencia en relación a los actos que incurriría el Estado de Chile por la supuesta denegación de justicia argumentada por la demandante, sino que más bien se limita a hacer un recorrido descriptivo por el procedimiento incoado en 1995, en las cuales es precisamente el Estado chileno quien demostraría que si hubo un debido proceso llevado ante jurisdicciones locales, e incluso se llegó la etapa

³³Dichos actos serán expuestos más extensamente en capítulos posteriores, por ellos que en esta oportunidad solo conviene enunciar de donde provienen, y señalar que son parte de una nueva diferencia.

probatoria. Por último la demandada expone que la demanda complementaria del año 2002 debe desestimarse, en consideración a la cláusula opción irrevocable (*fork-in-de-road*), contenida en el artículo 10.3 del APPI.

4. Resolución del Tribunal de Arbitraje

a) Diferencia de 1995³⁴

Lo que primeramente analiza el Tribunal es la interpretación en las actas de las reuniones técnicas de los estados de Chile y España de 1998, organizadas a “petición” de la parte demandada y que tuvo lugar después de que se presentara el 3-11-1997 y luego se registrara el 20-04-1998 la demanda de arbitraje. Finalmente, el órgano arbitral determina que éste acto es incompatible con la disposición del artículo 10.6 en lo concerniente a que los Estados parte deberán abstenerse “tratar a través de canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondiente hubieran sido concluido”, a este respecto según los parámetros del Tribunal, el artículo 2.3 del APPI cae precisamente en argumentos concernientes al arbitraje y teniendo a la vista que esto se produjo precisamente después de la interposición de la demanda ante el CIADI, por lo cual el Tribunal determina dejar fuera éstas interpretaciones, las cuales no influirán en lo más mínimo respecto de su decisión.

³⁴LAUDO, (pp. 142-146)

Posteriormente, el Tribunal inspecciona el concepto “controversias” que en términos de las partes equivaldría a “diferencias”; y para determinar este punto se apoya en la jurisprudencia de los tribunales internacionales las cuales lo han definido como “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas” y para que establecer la existencia de esta diferencia “ hay que demostrar que la reclamación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra”. Como se puede apreciar, en términos del Tribunal para que se materialice esta diferencia exige un mínimo de intercambios entre las partes, o sea que ponga en conocimiento de la otra la controversia, y que a su vez esta se oponga ya sea expresa o tácitamente a la pretensión de la contraparte.

De esta manera el Tribunal constata que la primera diferencia se produce con posterioridad a la entrada en vigencia del tratado, o sea después de 1994, más específicamente el 20-11-1995, cuando el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey que la ley que regulara situaciones semejantes a la planteada por este, todavía no se ha promulgado, por lo que no es posible acceder a lo solicitado. Es del caso señalar que el Tribunal también considera la reiteración de esta reclamación efectuada el 10-01-1996, en la cual presenta esta demanda de restitución ante el Presidente de la República, reclamación que no llegaría a ninguna solución, así como tampoco las consultas amistosas de 30-

04-1997, ante lo cual el Sr. Pey decantaría por consentir en el arbitraje mediante carta de 2-10-1997.

Finalmente, el Tribunal termina concluyendo que la diferencia se genera en 1995, puesto que antes las partes no habían expresado ni confrontado sus puntos de vista. Para determinar esto, el Tribunal considera que se debe distinguir entre los hechos que dieron lugar a la diferencia, de la controversia propiamente tal; hecho que en palabra del Tribunal la demandada no tiene en cuenta, invocando una fecha de surgimiento de la primera “diferencia” que no es la correcta, por lo tanto, al ser la primera diferencia alegada con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, el requisito de aplicabilidad *ratione temporis* de los artículos 2.2 y 2.3 del APPI, en el caso concreto se cumple.

b) Diferencia de 2000³⁵

El Tribunal de arbitraje constata que sí hay una nueva controversia surgida el año 2000 con esta Decisión 43, y apoya su argumento el órgano arbitral, en las audiencias sobre competencia del propio año 2000, en la cual se han controvertido en forma explícita la posición de las partes, incluso se constataría la condición de la competencia *ratione temporis* del tribunal sobre el diferendo jurídico.

³⁵LAUDO, (p. 147)

c) Diferencia de 2002³⁶

El Tribunal de Arbitraje, ante las alegaciones de las partes, considera a grueso modo, primero, que los demandantes iniciaron un procedimiento en 1995 por la rotativa Goss ,el cual no dio lugar a ninguna clase de pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, en un plazo de siete años (desde el 1995 al 2002), además que ante el acontecimiento de la parte demandante de señalar la incompatibilidad de la Decisión 43 con el litigio judicial antes indicado, aquellas reclamaciones serían interpuestas en vano (el tribunal cita varias actuaciones, tanto procesales como administrativas, todas producidas en el ámbito interno, o sea en la jurisdicción de Chile. Finalmente, a mérito del Tribunal, la última diferencia se cristalizaría durante el periodo 2002-2003, cuando la demandante interpone su demanda completaría ante el Tribunal de Arbitraje, el día 4-11-2002, puesto que, en esa oportunidad los actores por primera vez reclaman haber sido víctimas de denegación de justicia por parte del Estado chileno.

La diferencia se intensifica, cuando el Estado demandado solicita al Tribunal que desestime la demanda complementaria, el día 3-02-2003, corroborando esta parte la presencia de una nueva diferencia.

³⁶Ob. Cit, (pp. 150-153)

5. Nuestra Opinión

Los autores comenzaremos nuestro comentario, refiriéndonos al primer punto señalado en los objetivos de éste apartado, es decir, la pertinencia del medio probatorio presentado por la parte demandada, consistente en el acta de las reuniones técnicas sostenidas entre las representantes de España y Chile, realizadas a petición de éste último estado; en la cual se intentaba interpretar, por la vía diplomática, ciertas expresiones utilizadas por el APPI España-Chile. Al respecto, los autores nos mostramos de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de Arbitraje, en orden a que la iniciativa de la República de Chile, de organizar un encuentro bilateral de expertos, con el objeto de interpretar ciertas expresiones del APPI, se produjo con posterioridad al inicio del presente proceso de arbitraje, y las materias interpretadas en el marco de dichas reuniones, corresponden precisamente a expresiones cuyo alcance se debate en el procedimiento arbitral iniciado ante el CIADI.

En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje declaró -por segunda vez- que éste medio de prueba es incompatible con las disposiciones del propio APPI España-Chile y en particular, con el art. 10.6 de éste tratado bilateral, el que obliga a los estados contratantes a abstenerse de tratar, por canales diplomáticos, materias que sean relativas a un arbitraje o un proceso judicial que se encuentre en marcha, y extiende la prohibición hasta que el respectivo procedimiento hubiera sido concluido. Los autores coincidimos con el órgano

arbitral en que, la acción de la parte demandada, tendiente a intentar interpretar por la vía diplomática el art. 2.3 del APPI, durante un arbitraje en el cual se debate el sentido y alcance de dicha disposición, vulnera el art. 10.6 del APPI España-Chile, ya que lo que la parte demandada pretende, **es obtener un medio probatorio a posteriori y completamente ilícito**, por lo tanto, bien hace el Tribunal al desestimarlos por completo.

Esta situación ya se había analizado, respecto del requisito de inversión del APPI España-Chile, y en aquel momento, los autores llegamos a la conclusión de que, el desestimar el medio probatorio no fue la única sanción establecida por el Tribunal de Arbitraje a la parte demandada; sino que nuestra República fue objeto de otra sanción tácita y silenciosa, por su reprochable comportamiento procesal, de intentar “engañar” al Tribunal valiéndose de un medio probatorio que proviene una situación posterior al arbitraje y encima, provocada por Chile. En efecto, como dicha conducta se encuentra prohibida por el art. 10.6 del APPI, es lógico que la república no pudiese beneficiarse de ella, así lo dicen los principios generales del Derecho (nadie puede beneficiarse de su propia ilicitud) por lo tanto el Tribunal no tuvo en cuenta la interpretación sugerida por esa vía; no obstante, los autores reiteramos lo ya señalado en el capítulo primero, en orden a que, ésta acción probablemente pudo traer otras consecuencias negativas para las pretensiones de Chile, relacionadas con una cierta “predisposición” contraria del Tribunal de Arbitraje, que nos descartamos

haya sido factor para que los árbitros favorecieran también en ésta controversia a los demandantes.

Por otro lado, aclaratorio desentrañar los términos Reclamación, Controversia y Diferencia, puestos los autores, en la necesidad de proporcionar un significado asertivo, enmarcados dentro de interpretaciones claras y específicas, que sugieran una correcta aplicación en el presente laudo.

Ante esto, en el marco de la discusión del presente procedimiento las partes atribuyen significados distintos a reclamaciones y controversias, detentando sobretodo este desacuerdo en el significado del término “controversias”, también se señala que en cuanto al contenido de “reclamaciones”, este desacuerdo, no es tal, ya que; se asimila a el término inglés *claims* que correspondería a la acción de reclamar, ósea en concreto al de presentar una demanda ante un órgano que ejerza jurisdicción. En este apartado resulta ilustrativo, a lo menos recordar la conceptualización que nos proporciona el diccionario de la real academia de la lengua española³⁷, en cuanto a la definición del término reclamación en los siguientes términos “es la acción y efecto de reclamar”, y a su vez la palabra reclamar es “Pedir o exigir con derecho o con instancia algo, Clamar contra algo, oponerse a ello de palabra o por escrito”.

³⁷En adelante RAE

Esta definición nos resulta útil a los autores, pues desentraña perfectamente que en el presente laudo, dicho concepto fue utilizado en su más adecuado sentido y alcance, ya que **es asimilado a la acción de reclamación**, y más en concreto a la petición mediante una demanda, acto que se verifica desde que los demandantes interponen su primera reclamación ante los juzgados civiles de Santiago y hasta la demanda complementaria del año 2002, y siempre esgrimiendo en el sentido natural y obvio del término. Ahora en cuanto la terminología de “controversias” a todas luces se aprecia lo conflictivo del significado que atribuye una y otra parte, aunque tal y como se señala en el laudo³⁸ las partes han adoptado según interpreta el tribunal que reclamaciones es sinónimo de diferencias, aunque se encuentran en un profundo desacuerdo en cuanto a su interpretación, en relación a darle un sentido y alcance a ese vocablo.

En este punto los autores también nos apoyamos de la RAE, quien nos señala que el termino controversias es una “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas” acepción que asimila a la definición que esta misma entidad nos ilustra para el término diferencia, al conceptualizarlo como una controversia, esta terminología se aplica al caso que se expone en el presente laudo, y sobre todo tomando en consideración que son las mismas partes quienes concuerdan en tomar como sinónimos las palabras antes definidas. Así las cosas, resulta obvio que el sentido y alcance que las partes quieran darle,

³⁸Laudo, pág. 140

serán distintos, pues es menester del procedimiento apoyar uno u otro según la posición en la cual se encuentra cada parte, para de esa forma defender de la manera más íntegra sus pretensiones.

En estricto rigor, lo sustancial es señalar que el Tribunal está de acuerdo con las “diferencias” tomadas como sinónimos de “controversias” para examinar los hechos que fueron acontecidos después de la entrada en vigor del APPI.

En cuanto a la alegada diferencia de 1995, el APPI entra en vigencia el 29-03-1994, y el año siguiente, el sr. Pey –con el objeto de exigir las indemnizaciones correspondientes- solicita la restitución de los 40.000 títulos de CPP S.A. al 8° Juzgado del Crimen de Santiago, el cual accedió a la petición y devolvió los documentos el día 29-05-1995. Los autores consideramos que, **sólo a partir de esa fecha** el sr. Pey se encontraba plenamente apto para exigir por parte del estado de Chile, la indemnización por las expropiaciones de CPP S.A. y EPC Ltda., y materializa por primera vez su pretensión indemnizatoria el 6-09-1995, fecha en la que el sr. Pey dirige una solicitud al Ministerio de Bienes Nacionales de Chile, pidiendo una restitución de los bienes confiscados y hoy en manos del Fisco, que pertenecieron a EPC Ltda., y CPP S.A.

Como bien indica el Tribunal de Arbitraje, **la diferencia se cristaliza el 20-11-1995**, cuando el Gobierno de Chile responde negativamente a la petición del sr. Pey indicando que “por el momento no es posible acceder a lo requerido” bajo el argumento de que la ley indemnizatoria para situaciones como la del sr. Pey

se encuentra aun en tramitación. Ante esto, el Tribunal de Arbitraje califica la situación como una consulta amistosa que ha resultado infructuosa; análisis que los autores compartimos, toda vez que se trata de una disparidad de criterios que resulta evidente.

En este punto, es necesario expresar nuestro punto de vista respecto a la **naturaleza jurídica de la inversión** efectuada en 1972 por Víctor Pey, y reclamada por él, en conjunto con la Fundación Presidente Allende ante el Tribunal de Arbitraje CIADI. De acuerdo a los demandantes, el sr. Pey es el legítimo propietario de las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. (Encargadas de la edición del diario “El Clarín”), al haberlas adquirido por compraventa al sr. Darío Sainte-Marie en 1972; Chile se opuso tajantemente a ésta tesis, dando inicio a una de las controversias más extensas del arbitraje, la que finalizó de manera favorable a los actores, al declararse por el Tribunal de Arbitraje, que el sr. Pey debe ser tenido como el legítimo propietario de los 40.000 títulos del consorcio CPP S.A. (y por ende de su filial EPC Ltda.) al tener por acreditado los siguientes acontecimientos: a) acuerdo entre las partes respecto de la cosa (40.000 acciones de CPP S.A.) Y el precio (US\$ 1, 28 millones) requisito fundamental de un contrato de compraventa, b) cumplimiento de la obligación principal de vendedor, a través de la entrega efectuada al sr. Pey de los 40.000 títulos que conforman el 100% del capital de CPP S.A., acompañado de sus respectivos formularios de traspaso firmados en blanco y c) cumplimiento de la obligación principal del comprador, a través del pago del precio de US\$ 1,28

millones efectuado por el sr. Pey al Sr. Sainte-Marie, verificado en diversos y sucesivos actos.

Al respecto, los autores somos de la opinión que las empresas CPP S.A., EPC Ltda., más los respectivos bienes y activos inmateriales de ambas compañías; conformaban en su momento una **Universalidad Jurídica**, que tenía por finalidad la elaboración y distribución del desaparecido diario “El Clarín”, **y es ésta la inversión del sr. Pey**, en los términos del Convenio CIADI, y al ser realizado su pago en Dólares, califica como inversión extranjera de acuerdo a la ley vigente y aplicable en Chile, al momento de su realización (1972), tal como prescribe el APPI España-Chile para su protección. Ahora bien, los autores consideramos que las expropiación y disolución de CPP S.A. y EPC Ltda., **no tuvieron el efecto de extinguir la inversión del sr. Pey**, dado que éstas confiscaciones fueron concretadas sin haber procedido al pago de la indemnización correspondiente a los afectados; por lo tanto, **sólo debe entenderse extinguida la inversión, una vez que la referida indemnización se hubiere efectuado correctamente**; lo cual se encuentra pendiente hasta nuestros días; ante éste escenario, los autores entendemos a la inversión del sr. Pey como vigente.

Hecha ésta aclaración, los autores hemos llegado a la conclusión de que, al existir una solicitud de indemnización efectuada por el señor Pey Casado, la cual no fue concedida por la República de Chile, **la situación califica como**

una diferencia relativa a una inversión, en los términos del art. 2.2 del APPI España-Chile, y al producirse en 1995, la diferencia se ha suscitado con posterioridad a la entrada en vigencia del APPI, con lo que cumple el requisito de aplicabilidad en el art. 2.3 del mencionado tratado bilateral.

Respecto de la diferencia de 2000, es decir, la adopción, por parte del Gobierno de Chile, de la Decisión 43 del Ministerio de Bienes Nacionales, en virtud de la cual, la parte demandada concede una indemnización por las expropiaciones de las empresas editoras de “El Clarín” a personas distintas de los demandantes; **la oposición entre las partes resulta evidente**; y resulta imposible para la República intentar argumento alguno que permita convencer al Tribunal o a los autores de lo contrario. En efecto, dicho acto significa no solamente una nueva negación oficial de Chile a la pretensión indemnizatoria de los demandantes, sino que un total desconocimiento de la misma, ya que al indemnizar a otras personas por los derechos alegados por los demandantes, la parte demandada **no hace más que profundizar** la diferencia que tiene con los demandantes desde 1995, en virtud de nuevos antecedentes, en los que el Estado de Chile declara desconocer totalmente la titularidad de los demandantes respecto de su inversión.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Por qué entendemos los autores, que la Decisión 43 de 2000 implica una nueva diferencia, y no solamente opera como agravante de la anterior (1995)? La respuesta es muy sencilla, ésta diferencia no

sólo se produce después de la entrada en vigencia del APPI -lo que hace competente al Tribunal de Arbitraje y aplicable sustantivamente el APPI- sino que también, los nuevos hechos se suscitan **con el procedimiento arbitral en curso**, lo que necesariamente, obliga a los autores a calificarla como una acción de la demandada, tendiente a obtener un resultado favorable en el arbitraje valiéndose nuevamente de pruebas originadas en forma meramente potestativa de su voluntad y a posteriori, lo que riñe flagrantemente con los principios del Derecho Internacional. Desde luego, los demandantes se han opuesto a la Decisión 43 desde el primer día, es por ello que resulta evidente que la diferencia cumple todos los requisitos de los artículos 2.2 y 2.3 del APPI España-Chile.

Finalmente, respecto a la diferencia de 2002, los autores coincidimos con el Tribunal de Arbitraje, de que ésta diferencia se materializa con la presentación de la demanda complementaria presentada ese año por los actores, ya que en ella, el sr. Pey y la Fundación **realizan una nueva calificación de los hechos y alegan Denegación de Justicia**, por primera vez en el procedimiento arbitral, en virtud de todos los intentos legales frustrados por invalidar la Decisión 43, dentro de las distintas sedes de la jurisdicción chilena. Los autores consideramos que ésta situación también califica dentro de la regla establecida por los artículos 2.2 y 2.3 del APPI España-Chile.

III. La presunta aplicación retroactiva de las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile

1. Enumeración de objetivos

- a) Determinar si el artículo 2.2 del APPI confiere efecto retroactivo a las disposiciones del acuerdo.
- b) Esclarecer si se requiere una disposición expresa del APPI que autorice la aplicación de sus disposiciones a los actos del Estado anteriores a su entrada en vigencia.
- c) Declarar, si el surgimiento de una controversia con posterioridad a su entrada en vigor es suficiente para que las disposiciones sustantivas del APPI se apliquen con efecto retroactivo.

2. Posición de las partes³⁹

Luego de insistir en la distinción entre la competencia *ratione temporis* del Tribunal de Arbitraje y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas del APPI, la parte demandada alega que “cualquier supuesto acto expropiatorio que hubiera tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del APPI queda fuera del ámbito de aplicación del mismo, no obstante la existencia en el APPI de una cláusula de inversiones preexistentes”.⁴⁰ Así, la

³⁹LAUDO, (pp. 186-187)

⁴⁰ AUDIENCIA 15-01-2007, transcripción, (pp. 33-34), citada en LAUDO, (p. 186)

República solicita a Tribunal que distinga entre la aplicación retroactiva de un tratado, de aquello denominado por Chile como el “aspecto retrospectivo de una obligación bajo un tratado”, lo que lleva a la demandada a interpretar el art. 2.2 del APPI, de modo que la protección que esta norma ofrece a las inversiones anteriores al APPI es el mismo que el otorgado para las posteriores, por lo tanto, el APPI no tiene ningún efecto retroactivo; en caso contrario, se requiere de una norma expresa que así lo declare, lo que en el caso concreto no ocurre.

Los demandantes en tanto, declaran que el art. 2.2 del APPI, constituye una derogación del principio de irretroactividad establecido por el art. 28 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, ya que permite aplicar el APPI “a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia”. Según los actores, la aplicación conjunta de los artículos 2.2 y 2.3 conduce a la conclusión de que “dicho Tratado puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor” ya que el APPI no contiene ninguna fecha límite que excluya de su esfera de aplicación ciertos hechos causantes de una controversia; esto, habida cuenta de que, según los demandantes, la primera controversia que surge entre las partes es en 1995, es decir, en forma posterior a la entrada en vigencia del APPI.

3. Resolución del Tribunal de Arbitraje

El Tribunal de Arbitraje comienza su decisión declarando que el art. 2.2 del APPI España-Chile establece que las inversiones anteriores al APPI pueden

estar cubiertas por éste último, no obstante, esto no quiere decir que la norma citada consagre la aplicabilidad sustantiva de las normas del APPI a presuntas violaciones anteriores al APPI, ni tampoco permite la norma interpretar, que se confiere un efecto retroactivo al APPI.

Para ello, el Tribunal cita la decisión del tribunal de arbitraje del caso “SGS c. Filipinas”: “De acuerdo al artículo II del APPI, es aplicable a inversiones ‘efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del tratado’. El artículo 2 no otorga efecto retroactivo a las disposiciones sustantivas del APPI. El principio general establecido en el art. 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, lleva a concluir lo siguiente: las disposiciones del tratado ‘no obligarán a una parte respecto a ningún acto o hecho que haya tenido lugar o cualquier situación cesada antes de la fecha de entrada en vigencia del tratado’”.⁴¹ Luego de esto, el Tribunal declara que la interpretación según la cual, el art. 2.2 del APPI España-Chile confiere efecto retroactivo a las disposiciones sustantivas del APPI, es contraria al principio de irretroactividad de los tratados, establecido en el art. 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El Tribunal indica que si bien las partes están autorizadas a derogar éste principio, dicha derogación no puede presumirse, ya que esto significa que el Estado receptor consiente en proteger tanto las inversiones posteriores como

⁴¹Citada en inglés en LAUDO, (p. 187), traducida por los autores

las anteriores al tratado y sobre todo, el Estado se obliga a respetar las obligaciones del Tratado con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, incluso antes de la fecha de entrada en vigencia del acuerdo. Al respecto, el Tribunal de Arbitraje estima que tal nivel de compromiso para el estado no se puede presumir.

En consecuencia, el Tribunal declara no compartir el análisis de los demandantes, en virtud de la cual, el art. 2.3 del APPI establece una excepción expresa al principio de irretroactividad de los tratados. El hecho de afirmar en forma expresa que el art 2.3 del APPI no se aplica a las diferencias surgidas con anterioridad a su entrada en vigencia no significa, ni siquiera de modo implícito, que al APPI podría aplicarse a todas las violaciones cometidas antes de su entrada en vigor, ya que ello implicaría invertir el principio de irretroactividad de la Convención de Viena.

Luego, el Tribunal de Arbitraje cita la resolución del caso “Mondev”:⁴² para declarar que en el caso concreto no ve ninguna razón para derogar este principio, además la formulación en futuro de las obligaciones sustantivas del APPI constituye un nuevo indicio de la inaplicabilidad de las mencionadas obligaciones sustantivas, a hechos producidos cuando dichas disposiciones no existían.

⁴²Citada en inglés en LAUDO, (p. 189), traducido por los demandantes

Finalmente, el órgano arbitral declara que el argumento de los demandantes no toma en cuenta la distinción entre la competencia en razón del tiempo del Tribunal de Arbitraje y la aplicabilidad temporal de las obligaciones sustantivas del APPI; en el caso concreto, ambas exigencias deben satisfacerse para establecer o determinar la responsabilidad internacional del Estado en virtud del tratado. El tribunal entiende que la sola existencia de una controversia posterior a la entrada en vigencia del APPI no puede hacer presumir en forma automática la retroactividad de las disposiciones sustantivas del APPI, de hecho, el órgano arbitral llega a la conclusión de que el APPI contiene ninguna norma de naturaleza derogatoria, de modo tal que haga aplicable sus disposiciones sustantivas a hechos anteriores a su entrada en vigor.

4. Nuestra Opinión

Los autores consideramos que la presente controversia se resuelve **determinando la naturaleza jurídica de los artículos 2.2 y 2.3 del APPI España-Chile**, con respecto a si éstas disposiciones regula exclusivamente a futuro, o si efectivamente establecen la retroactividad sustantiva del régimen inversor impuesto por el APPI, y para ello, debemos comenzar citando textualmente ambas disposiciones. Así, el artículo 2.2 del APPI dispone que: “El presente tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con

anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte Contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera”.

En tanto, el art. 2.3 del APPI añade que: “No se aplicará (el APPI), sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”. Como pudimos apreciar; los demandantes alegan que ambas normas consagran una retroactividad sustantiva del APPI y por ende, se entiende aplicable a las confiscaciones de CPP S.A. y EPC Ltda., llevadas adelante antes de la entrada en vigencia del APPI; a lo que la parte demandada se ha opuesto indicando que el APPI sólo regula a futuro, por lo que las mencionadas expropiaciones no se encontrarían cubiertas por las disposiciones sustantivas del APPI; el Tribunal de Arbitraje en tanto, dio la razón en ésta oportunidad a la República de Chile.

Los autores consideramos útil hacer un pequeño análisis sobre la retroactividad; la cual podemos definir como el eventual (y excepcional) efecto de una norma jurídica, que consiste en extender su aplicación a hechos o situaciones ocurridos con anterioridad a su nacimiento, en virtud de una ficción legal que los regula tal como si se hubiesen producido con posterioridad a la referida norma jurídica. Siguiendo y parafraseando a don Carlos Ducci⁴³, podemos decir que lo normal es que una norma rija exclusivamente a futuro desde la fecha establecida para su entrada en vigencia y por tanto solo sea aplicable a los

⁴³Ducci, Ob. Cit. (pp. 68-69)

actos o situaciones que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, no obstante, y en forma excepcional, una norma puede tener efecto retroactivo, es decir, ser aplicable a hechos producidos con anterioridad a su nacimiento.

En nuestro derecho, el artículo 9° inciso primero del Código Civil establece “La ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”; al respecto, debemos aclarar que ésta disposición no solo obliga a nuestras normas civiles, sino que a toda la legislación chilena, ya que el art. 9° se encuentra en el título preliminar, el cual se entiende supletorio de todo el Derecho nacional, así, podemos afirmar que en nuestra legislación interna, el principio general es el de la irretroactividad de la ley.

Nos indica el propio Ducci, que una norma retroactiva, al ser contraria al principio general, vulnera a la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento y por ende, “constituye un acto excepcional cuyo carácter, en consecuencia, no puede ser inferido, sino que tiene que estar expresamente manifestado en el texto legal”.⁴⁴ Con esto, el autor nos quiere decir que **la retroactividad debe ser expresa**, lo que impone, para las normas retroactivas una interpretación y aplicación de carácter restrictivo, esto es, usando una expresión consagratória de la retroactividad, norma que siempre será de Derecho estricto.

En cuanto al Derecho Internacional, el principio también es el de la irretroactividad de la norma internacional, y se encuentra establecido – como

⁴⁴ Ob. Cit. ,(p. 69)

vimos- por el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, norma que dispone lo siguiente: "Las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Es decir, la Convención de Viena coincide plenamente con el principio de irretroactividad de la ley, antes citado respecto de nuestro derecho interno, ya que la norma de Viena obliga a los tratados internacionales a establecer regulaciones a futuro, sin que puedan obligar a los estados que los suscriben, a someter su regulación a situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigencia del respectivo tratado.

De hecho, el art. 28 de la Convención de Viena, sugiere que el Estado puede perfectamente renunciar a la irretroactividad y consentir en obligarse mediante el Tratado, a una determinada regulación para situaciones ocurridas antes del mismo, pero ello requiere necesariamente que dicho consentimiento sea expreso y constituya una norma de derecho estricto. Para los autores, lo anterior significa que el respectivo tratado debe señalar **en términos explícitos y directos**, que establece una aplicación retroactiva para ciertos y determinados hechos o situaciones, norma que deberá ser interpretada de un modo estricto, sin que se admita jamás su aplicación por analogía, dada su naturaleza de regla jurídica excepcional.

Respecto del artículo 2.2 del APPI España-Chile, los autores hacemos la precisión de que la norma **establece claramente una regla general y una excepción a la misma**, siendo la primera, aquella que establece que la protección del APPI se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigencia. Mientras que la excepción a ésta regla general la constituye, aquella protección que el APPI hace extensiva a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia; y las razones que los autores entregamos para ello, es el empleo de las expresiones “no obstante” y “también” previas a la protección brindada por el APPI a ésta clase de inversiones, **vocablos que a nuestro juicio no hacen otra cosa que denotar una situación de excepcionalidad**, que por cierto no forma parte del ámbito de aplicación común y general, del mencionado Tratado Bilateral, en conclusión, **la protección establecida por el APPI a las inversiones anteriores a su vigencia, es excepcional.**

En cuanto al artículo 2.3 del APPI, los autores notamos que haciendo una interpretación *a contrario sensu* de ésta disposición, el APPI España-Chile es aplicable a las inversiones anteriores a su vigencia pero sólo respecto de controversias o reclamaciones surgidas (y pendientes) con posterioridad a su entrada en vigor, lo que nos lleva a descartar de plano una posible retroactividad del APPI, ya que el propio art. 2.3 establece su regulación a futuro, aún en el caso de las inversiones surgidas con anterioridad a su nacimiento. Al respecto, bueno es señalar que, de acuerdo a los artículos 2.2 y

2.3 del APPI, la protección que éste tratado otorga a las inversiones anteriores a su vigencia, se hará efectiva, siempre que, en primer lugar, el acto jurídico que la determina haya sido calificado como “inversión extranjera” por la ley interna vigente aplicable a dicho caso concreto, y en segundo lugar, **que la inversión se mantenga vigente**, ya que de otro modo, el APPI sería retroactivo y regularía relaciones jurídicas anteriores y fenecidas, lo que va en contra de lo señalado en el art. 2.3 (y también contra las reglas de la lógica) además de requerir una declaración expresa que la norma no contiene.

Finalmente, como bien indica la parte demandada y el Tribunal de Arbitraje, la regulación a futuro que se utiliza en el verbo rector de las disposiciones analizadas del Tratado (se “aplicará”, “beneficiará”) es otro indicio de la irretroactividad del APPI, ya que en caso contrario, **las mismas acciones verbales se utilizarían en tiempo presente**, además de indicar la retroactividad en forma expresa (ejemplo; el presente tratado se aplica en forma retroactiva, o el presente tratado beneficia retroactivamente).

Por estas razones, los autores coincidimos con la República de Chile y el Tribunal de Arbitraje, **en el sentido de que el APPI España-Chile NO es retroactivo**, y que la aplicabilidad *ratione temporis* de sus disposiciones sustantivas es siempre a futuro, pese a consagrar una competencia *ratione temporis* al Tribunal de Arbitraje. Lo que dicho de otro modo significa que, en virtud de los artículos 2.2 y 2.3 del APPI España-Chile, **el Tribunal de Arbitraje**

es competente para conocer de una diferencia relativa a una inversión anterior al APPI, pero es menester que dicha diferencia haya nacido con posterioridad al mentado Tratado Bilateral.

IV. La Cláusula de Opción Irrevocable (*Fork in the road*)

1. Enumeración de objetivos

- a) Analizar el art. 10.2 del APPI y su aplicación al presente caso
- b) Determinar la existencia de una triple identidad (partes, objeto y fundamento) entre las acciones intentadas por los demandantes ante la jurisdicción chilena y la demanda presentada ante el Tribunal de Arbitraje.
- c) Pronunciarse sobre la exclusión o no exclusión de la rotativa Goss del objeto de las demandas presentadas ante el tribunal de arbitraje.
- d) Determinar si la demanda por denegación de justicia, es compatible con la opción irrevocable.

2. Posición de las partes⁴⁵

a) Posición de Chile

La parte demandada principalmente alega que el Sr. Pey habría ejercido la cláusula de opción irrevocable contenida en el inciso final del art. 10.2 del APPI España-Chile, puesto que, al presentar su demanda en el año 1995 ante los tribunales chilenos, su intención original (según interpreta la demandada) sería no sólo la de obtener la restitución de la máquina rotativa Goss, sino que más bien, esta acción se circunscribiría dentro de un conjunto de acciones judiciales

⁴⁵ LAUDO, (pp. 154-157)

y administrativas -dentro las cuales esta sería solo la primera- a través de las cuales, el demandante busca una reparación por la confiscación, tanto de bienes personales del sr. Pey como de los otros bienes pertenecientes al holding de C.P.P S.A. También agrega la demandada que el sr. Pey no formuló ninguna reserva ante 1° Juzgado Civil de Santiago referente a un futuro arbitraje internacional, sino hasta meses más tarde; lo cual, reafirmaría su intención de que esta acción sería solo la primera dentro de un plan sistematizado que tenía en mente el actor.

Para reafirmar aquella tesis, la demandada cita las memorias de las actividades de la Fundación Presidente Allende en la cual, este primer reclamo ante la justicia chilena sería el inicio de un plan de acciones conducentes a la reclamación de los bienes afectados por la confiscación de las compañías CPP S.A. y EPC Ltda., que el actor no habría considerado la posibilidad del presente laudo sino hasta el 1997. También es pertinente señalar que la demandada ilustra la situación en lo referente a que el APPI precisamente busca evitar mediante esta cláusula de opción irrevocable, que se produzcan procedimientos múltiples o paralelos, pues, según la República, la demanda interpuesta ante la justicia chilena tiene exactamente el mismo objeto y está basada en los mismos derechos de propiedad amparados por la ley chilena que la demanda presentada por esta misma parte ante el Tribunal de arbitraje, configurándose así, tanto los presupuestos de hecho como de derecho para que opere la irrevocabilidad prescrita en esta cláusula.

De forma subsidiaria, la demandada solicita que se rechace la demanda complementaria interpuesta el año 2002 ante el Tribunal de Arbitraje, ya que, la demandante pretende trasladar al Tribunal arbitral una demanda que éstos siempre han caracterizado como una reclamación independiente y separada de la entablada ante el CIADI. A pesar de esto, la parte demandada presenta una demanda por el mismo objeto y causa a pedir, infringiendo las normas del Derecho internacional aplicables⁴⁶. En cuanto a la alegación de la cláusula de la nación más favorecida esta no sería aplicable según la demandada, pues, no estaría lo suficientemente clara en cuanto a su redacción, como para que le fuere aplicable y comprendiera a este procedimiento arbitral.

b) Posición de los Demandantes

Los demandantes por su parte, señalan que respecto del procedimiento incoado en 1995 por la rotativa Goss, el único objeto de este juicio lo constituye la restitución de la máquina o la indemnización sustitutiva correspondiente, también especifican que el único propósito de la acción que finalmente les otorga la restitución de las 40.000 acciones de CCP S.A tramitado ante el 8° juzgado del Crimen de Santiago era justamente el de obtener la devolución de los bienes materiales que hubieren quedado de las expropiaciones. En cuanto a las cartas del sr. Pey dirigidas al Presidente de la República tenían por objeto precisamente obtener algún tipo de solución amistosa de la controversia (en los

⁴⁶ Artículo 10.3 del APPI Chile –España, el Artículo 26 del Convenio CIADI, la regla 40.1 de las Reglas de arbitraje CIADI y principios elementales del Derecho internacional.

términos del artículo 10.1 del APPI), y en atención a todas las razones antes expuestas los demandantes no habrían incurrido de ninguna forma en la causal de opción irrevocable contemplada en el artículo 10.3 del APPI.

A mayor abundamiento, los actores señalan que la parte demandada jamás aportó pruebas que pudieran concluir que las acciones interpuestas ante la justicia chilena tenían el mismo objeto que el presente arbitraje. En cuanto a la aplicación de esta cláusula de opción irrevocable en relación a la demanda complementaria del año 2002, esta sería menos aplicable aún, puesto que, en el momento en que los demandantes impetraron esta acción ante los tribunales chilenos, les resultaba completamente inesperado que años más tarde fuesen víctimas de una Denegación de Justicia por parte del Estado chileno, la que por definición es imprevisible.

Por último y a título subsidiario, la demandante se basa en la cláusula de la nación más favorecida establecida en los APPI celebrados con Alemania, Suiza y los Países Bajos, y según la jurisprudencia apoyaría la aplicación de estas cláusulas relativas al arreglo de controversias.

3. Resolución del Tribunal de Arbitraje⁴⁷

La decisión del Tribunal, primeramente cita en lo pertinente el artículo 10 del APPI, para luego explicar cuáles serían las condiciones que a su modo de

⁴⁷LAUDO, (pp. 158-162)

razonar, deberían verificarse para que se confirme el ejercicio de esta cláusula de opción irrevocable. Estos tres requisitos son, a saber, que ambas acciones (interna y arbitraje CIADI) tengan la misma identidad, objeto y fundamento, y sean presentadas por las mismas personas, para aseverar esto el Tribunal se apoya en determinadas decisiones de otros Tribunales de Arbitraje del CIADI, frente a casos similares apoyando la exigencia de este requisito de triple identidad.

El Tribunal se pronuncia luego sobre la exclusión expresa, que los demandantes realizan de aquello concerniente a la recuperación material de la rotativa Goss. Esto según el consentimiento al arbitraje presentado el 2-10-1997 por el sr. Pey⁴⁸, en la que se excluía del arbitraje la controversia sobre la restitución de la mentada rotativa (incluso en dicha carta se menciona que los perjuicios provenientes del daño emergente y el lucro cesante resultantes del perjuicio derivados de la confiscación de dicha rotativa también los incluían en el presente juicio arbitral), por lo tanto, el Tribunal determina que este asunto fue excluido de forma “expresa y clara” del ámbito de competencia del Laudo.

Termina por concluir en este punto el tribunal, en consideración a que en la solicitud de arbitraje lo sometido a este litigio es la confiscación y ocupación sobre los bienes de los demandantes (derechos de propiedad sobre la sociedad dueña del Diario El Clarín) con exclusión de la recuperación maquinaria rotativa

⁴⁸ En la cual se expresó el consentimiento al arbitraje

Goss, la demanda de arbitraje y la demanda interpuesta ante la jurisdicción chilena tienen un objeto y fundamento distinto, por lo que no aplicaría la cláusula de opción irrevocable a éste caso. Como última consideración a este punto el tribunal señala que no es suficiente argumento el hecho de expresar por parte del sr. Pey, que interpondrá nuevas demandas en el futuro en relación a los otros bienes de la inversión, para que opere esta cláusula de opción irrevocable, pues si fuese así se restringiría de manera absoluta e ilógica la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional.

Luego, el Tribunal expone que la Demanda Complementaria del año 2002, en la cual se alega Denegación de Justicia efectuada por parte de Estado chileno, no es por definición causal de aplicabilidad de la opción irrevocable, y precisamente para ilustrar aquello se esgrime que lo solicitado (el objeto) aquí es absolutamente distinto a lo pedido en la demanda primaria interpuesta ante la judicatura chilena en 1995. Pues en aquella oportunidad lo que se demandó fue la restitución de la rotativa Goss, y no la reparación del perjuicio sufrido producto de la denegación de justicia sufrido por el sr. Pey casado en ese mismo procedimiento tramitado ante los Tribunales chilenos, por lo cual no sería inconciliable la demanda complementaria, ni tampoco haría operar la cláusula de opción irrevocable en torno a este asunto, como lo quiere presentar la demandada, esto debido a que el fundamento también es distinto, toda vez que la Demanda Complementaria el 2002 se basa en disposiciones del APPI

mientras que la demanda primaria de 1995 e interpuesta ante los tribunales chilenos se funda justamente en el derecho interno de nuestro país.

4. Nuestra Opinión

La cláusula de opción irrevocable o también denominada *fork in the road*(bifurcación en el camino) se encuentra regulada, como sabemos, en el inciso final del artículo 10.2 del APPI España-Chile, norma que prescribe lo siguiente: “Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva”. Como bien ha dicho la parte demandada, la norma recientemente citada tiene por objeto **evitar la duplicidad de procedimientos relativos a un mismo asunto, ventilados tanto en la justicia interna del Estado receptor, como en la jurisdicción internacional**; y es en base a ello, que el Tribunal de Arbitraje establece la denominada “triple identidad” (partes, objeto, y causa de pedir) para identificar el momento en que un inversionista incurre en ésta causal de incompatibilidad establecida por el APPI España-Chile.

Al respecto, el Tribunal de Arbitraje cita en su decisión, la resolución adoptada por su homónimo en el caso “Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador”: “En la medida en que un conflicto puede implicar las mismas partes, objeto y causa de acción, que podría ser considerado como la misma disputa, el mecanismo ‘fork in the road’ excluiría de su presentación a los

tribunales concurrentes”. En el mismo sentido, el Tribunal de Arbitraje citó el caso “Azurix c. Argentina” donde el respectivo órgano arbitral corroboró la existencia de la triple identidad, y por lo tanto declaró la vulneración de la cláusula de opción irrevocable; asimismo, en otro caso; “CSM c. Argentina”, los árbitros determinaron que una cláusula de opción irrevocable, no podía ser aplicable cuando las partes y el fundamento de la demanda eran diferentes; todo esto llevó al Tribunal de Arbitraje del caso “Clarín”, a determinar que, en ausencia de uno de los 3 elementos de la triple identidad, la cláusula de opción irrevocable no se produciría en el caso concreto; al respecto, los autores coincidimos con el análisis del Tribunal, y para efectos de aclarar nuestra posición, asimilaremos la cláusula de opción irrevocable con una institución de nuestro Derecho Interno.

En efecto, consideramos que dentro de nuestra legislación, la figura más equiparable al *fork in the road* del APPI España-Chile, se encuentra constituida por **la excepción dilatoria de litispendencia** en el marco de un procedimiento civil ordinario de mayor cuantía; institución regulada en el art. 303 N° 3 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Al respecto, la doctrina procesal chilena ha entendido que, para ser acogida una excepción dilatoria de litis pendencia,

es necesario que existan 2 o más procedimientos pendientes⁴⁹, ya sea ante el mismo tribunal, o bien ante 2 tribunales distintos.

Como podemos apreciar, el mencionado requisito se aplica perfectamente al presente caso, ya que el principio expuesto supone la existencia de 2 procedimientos pendientes, tramitados de forma paralela (uno en la jurisdicción interna y otro en la jurisdicción internacional); en cuanto a los demás requisitos, debe existir identidad legal de personas, de objeto y de causa de pedir, por lo que; como es posible concluir, la litis pendencia de nuestro CPC **contempla los mismos requisitos que la cláusula de opción irrevocable del APPI España-Chile**, y no sólo eso, la forma de hacerlo valer también es asimilable, ya que, como lo hiciera la República de Chile en el procedimiento de arbitraje, la oportunidad procesal para invocar el *fork in the road* es en forma previa a la contestación del fondo de la demanda, al igual que las excepciones dilatorias en un juicio ordinario de mayor cuantía, en nuestro Derecho interno.

En cuanto al fundamento de los requisitos establecidos para la litis pendencia, es claro que, para ser declarada, deben encontrarse en tramitación 2 o más procesos judiciales con las mismas partes, con respecto a ello no hay mucho más que explicar, lo que si requiere algunas consideraciones son los siguientes presupuestos para que la institución analizada se entienda configurada, es decir, el objeto y la causa de pedir. Sobre la identidad de cosa pedida (objeto),

⁴⁹Deben encontrarse todos pendientes, ya que si uno se encuentra firme, la excepción correcta es la de cosa juzgada, la cual se funda en los mismos principios que la litis pendencia.

lo primero que debemos señalar es que no se encuentra definida en la norma, por lo que su determinación se ha encargado a la doctrina y la jurisprudencia, y éstos han afirmado que existe identidad de cosa pedida, cuando en uno y en otro procedimiento, **el beneficio jurídico inmediato que se reclama, es el mismo.**

En otras palabras, cuando la pretensión jurídica es la misma, existe identidad de cosa pedida, no obstante que, a través de ella, se pidan materialmente cosas distintas, por el contrario, no existe identidad de objeto, cuando las pretensiones hechas valer en los distintos procedimientos no son las mismas, aunque se hagan valer respecto de una misma cosa material. La causa de pedir en tanto, sí se encuentra definida legalmente, en el art. 177 del Código de Procedimiento Civil, a propósito de la cosa juzgada; la que, como dijimos, es una institución procesal “hermana” o emparentada con la litis pendencia, por lo que dicha definición es aplicable también para ésta clase de excepción dilatoria; indica el art. 177 que “se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio” y la interpretación que la doctrina mayoritaria ha dado a esta norma es que se acepta como causa de pedir, **el vicio particular que se hace valer en la demanda,** para fundamentar la pretensión.

Hechas éstas explicaciones, corresponde ahora comparar, en concreto, la demanda interna efectuada por Víctor Pey en 1995, con su demanda arbitral

ante el CIADI de 1997, así como también la Demanda Complementaria interpuesta en 2002 ante el mismo órgano internacional; todo ello de acuerdo a los requisitos establecidos para que opere la cláusula de opción irrevocable del art. 10.2 del APPI España-Chile. Así, en primer lugar haremos la comparación entre la demanda entablada ante el 1° Juzgado Civil de Santiago en el año 1995, con la solicitud de arbitraje efectuada en 1997 ante el CIADI; en primer lugar, efectivamente se trata de 2 procedimientos (uno judicial interno, otro de arbitraje internacional), en el que existe identidad de partes, ya que en ambos casos, los demandantes son Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, mientras que la parte demandada la constituye el Estado de Chile.

Con respecto al objeto o cosa pedida, podemos apreciar que la identidad entre ambos procedimientos se rompe, ya que en el procedimiento interno iniciado ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, la cosa pedida es la restitución material y efectiva de la maquina rotativa Goss, (es decir, una especie o cuerpo cierto), o en su defecto una indemnización compensatoria por la arbitraria confiscación de la máquina llevada a cabo en los años 70'; todo ello de acuerdo a las disposiciones del Derecho interno chileno. Mientras que en el caso de la solicitud de arbitraje CIADI de 1997, el objeto de la acción es una debida reparación (indemnización) por violaciones del APPI España-Chile cometidas por el estado demandando, que consisten en la confiscación de la Universalidad Jurídica compuesta por los activos de las empresas CPP S.A. y EPC Ltda., respecto de la cual, la controversia relativa a la restitución de la rotativa Goss

fue expresamente excluida del arbitraje CIADI por los demandantes; por lo tanto, no cabe duda que el objeto en ambos procedimientos es diferente, lo que es ya suficiente para descartar la aplicación del *fork in the road*.

No obstante lo anterior, podemos apreciar que respecto de la causa de pedir, la “identidad” entre procedimiento interno y el arbitraje internacional **tampoco se cumple**. En efecto, mientras en el proceso judicial llevado adelante ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, la causa de pedir es que se declare la calidad de dueño o poseedor regular de los demandantes sobre la rotativa Goss de acuerdo al derecho chileno; respecto del arbitraje internacional ante el CIADI, la causa de pedir para los demandantes es ser reconocidos en su calidad de inversionistas extranjeros protegidos por el Convenio CIADI y el APPI España-Chile; por lo que se ratifica lo expresado recientemente, en orden a que no se ha vulnerado la cláusula de opción irrevocable en lo que respecta al procedimiento judicial interno y la solicitud de arbitraje CIADI de 1997.

Queda aún por determinar, si la demanda judicial interna de 1995 coincide en cuanto a la “triple identidad” con la Demanda Complementaria de 2002, entablada por los demandantes en el procedimiento arbitral ante el CIADI iniciado 5 años antes; en cuanto a las partes, podemos ver que efectivamente se trata de las mismas, pero respecto de la cosa pedida y la causa de pedir; **la “identidad” nuevamente se diluye**; ya que en el primer caso, la cosa pedida en el año 2002 es la declaración de Denegación de Justicia en contra del

Estado de Chile, y de otras violaciones del APPI por parte de Chile, con su correspondiente reparación, lo cual nada tiene que ver con la restitución material de la rotativa Goss, solicitada años antes a la judicatura chilena. Al respecto, los autores recordamos lo reflexionado más arriba, en el sentido de que si 2 pretensiones se refieren a una misma cosa material, no necesariamente éstas serán idénticas.

Efectivamente, si respecto de una misma cosa material, se produce una distinta calificación jurídica de los hechos, lo correcto es concluir que se trata de 2 pretensiones diferentes, más aún si produce la circunstancia del presente caso, **en que cada calificación jurídica tiene su fuente en legislaciones diferentes**; como son el derecho interno de Chile, y el Derecho Internacional, respectivamente. Por último, en cuanto a la causa de pedir, la identidad tampoco se cumple, toda vez que en la Demanda Complementaria de 2002, la causa nuevamente es el reconocimiento de la calidad de inversionistas extranjeros protegidos por el APPI España-Chile, lo que difiere sustancialmente de la causa de pedir del procedimiento interno de 1995, la que como vimos es el reconocimiento de calidad de dueño o poseedor regular, que tiene derecho a entablar una acción reivindicatoria de la cosa, naturaleza del juicio iniciado en Chile para la restitución de la rotativa Goss.

Por todas estas consideraciones, los autores coincidimos con el Tribunal de Arbitraje, en el sentido de que **no procede la alegación de la cláusula de**

opción irrevocable del art. 10.2 del APPI España-Chile, interpuesta por la parte demandada, toda vez que no se cumple la “triple identidad” del procedimiento judicial de 1995 ante el 1° Juzgado Civil de Santiago; ni con la solicitud de arbitraje CIADI de 1997, ni tampoco con la demanda complementaria de 2002, interpuesta en el mismo procedimiento internacional.

Segunda Parte:Obligación de Trato Justo y Equitativo y Denegación de Justicia,el fondo del laudo.

I. Planteamiento de Objetivos.

- a) Determinar si la Decisión 43 da lugar a una efectiva responsabilidad del Estado Chileno.
- b) Concluir si con la Decisión 43 se vulnera, por parte de la República de Chile, la causal contenida en el art. 4 del APPI, en relación a proporcionar un tratamiento “justo y equitativo” a los inversionistas extranjeros.
- c) Resolver si la ausencia de decisión de fondo en 7 años, respecto del proceso relativo a la máquina Goss, califica bajo la causal de Denegación de Justicia, de acuerdo al derecho internacional. Y si verificada la situación interior esta conducta es imputable al Estado chileno.
- d) Determinar si la actitud adoptada por las autoridades judiciales y administrativas del estado chileno es contraria a los principios generales del derecho y por ello contrario a todo proceso justo y razonable.

II. La Decisión 43 y la vulneración a la obligación de un trato justo y equitativo

1. Hechos Pertinentes

La primera actuación de los demandantes en relación a esto, data de septiembre de 1995 momento en el cual el sr. Pey Casado formuló su primera reclamación de restitución de los bienes confiscados, obteniendo como respuesta el 20-11-1995, una comunicación del Ministerio de Bienes Nacionales de Chile dirigido al actor, en el que se afirma: “la Ley de indemnización que permitirá tratar situaciones comparables a la suya aún no ha sido promulgada”⁵⁰. Posteriormente con fecha 10-01-1996, el sr. Pey reitera esta reclamación ante el Presidente de la República, sin obtener respuesta por parte de este, luego de estas consultas amistosas el 3-11-1996 los actores interponen su solicitud de arbitraje ante el CIADI.

Nos resulta pertinente e indispensable señalar que en Chile el 25-06-1998 se promulgo la Ley N° 19.568 relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado en virtud de los Decretos N° 12, 77 y 133 de 1973, N°1697 de 1977 y N° 2436 de 1978 (como es posible apreciar, la inversión de los demandantes cabe dentro del supuesto legal de esta Ley, pudiendo éstos haber sido acogidos y reparados por el Estado chileno, justamente en virtud de aquella disposición). No obstante, la

⁵⁰ Laudo, Pág., 205.

demandante informa a la administración chilena a través de carta de 24-06-1998, su decisión de no acogerse a la Ley antes mencionada, debido a la solicitud de arbitraje presentada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley y al querer interno de respetar la cláusula de opción irrevocable, la cual se encuentra contenida en el APPI.

A razón de esto, personas distintas de los demandantes de este juicio (y nacionales del Estado receptor), se acogieron a un precepto consagrado expresamente en el artículo 1 inciso primero, el cual indica lo siguiente: “Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N°s. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley (según esta parte del inciso los demandantes se encontraban plenamente cobijados y les era absolutamente ineludible la indemnización en virtud de esa misma norma). Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales conforme a las disposiciones que se expresan más adelante.” Y es en razón a esta Ley que estos terceros ajenos al presente juicio, se apersonaron ante la administración chilena solicitando ser indemnizados por los bienes confiscados en virtud del decreto N° 77 de 1973, los cuales fueron expropiados definitivamente por el decreto N° 165 de 1975, en respuesta a aquella presentación es que el Estado chileno acoge y resuelve mediante la Decisión 43 de fecha 28-04-2000 del

Ministerio de Bienes Nacionales, que las disposiciones de la Ley 19.568 son aplicables a los bienes confiscados a CPP S.A y EPC Ltda. Constatando la debida acreditación de los peticionarios, terceros que supuestamente habrían demostrado su propiedad en la presentación de una solicitud que realizaron en tiempo y forma cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 3⁵¹ de la norma citada y según exigencias determinadas por la administración chilena, y es en razón de aquello que esta resuelve dar curso a la indemnización de la forma prescrita por los artículos 8,9 y 10 de la Ley en comento. De esta manera el Estado chileno creó un mecanismo interno, especial y delimitado, el cual estaba reservado a personas que vieron vulnerado su derecho de propiedad sobre ciertos bienes mediante normativas dictadas en el periodo comprendido entre 1973 a 1978.

Es del caso comentar, que los demandantes ante esta decisión del Estado chileno de indemnizar a personas distintas de éstos -actores del presente arbitraje quienes se reputaban verdaderos dueños de los bienes expropiados en su calidad de inversionistas extranjeros- consideraron esta acción como una “nueva desposesión” y es en razón de aquello que esta estrategia fue efectuada con la finalidad de apoyar la tesis de un hecho ilícito compuesto y no con la

⁵¹“Las solicitudes deberán presentarse dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

El interesado deberá publicar en el Diario Oficial, por dos veces, un extracto de las mencionadas solicitudes, debidamente autenticado por el Ministerio de Bienes Nacionales, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su ingreso a la oficina de partes respectiva. Esta publicación deberá efectuarse los días 1º y 15 del mes, o en la edición inmediatamente siguiente, si el diario no se publicare en los días indicados. La primera de las publicaciones podrá hacerse en cualquiera de los días señalados.”

intención de calificar por separado este acto, sin embargo como concluye el Tribunal es imposible expropiar dos veces seguidas los mismos bienes, siguiendo en su argumento la demandante indica que esta nueva desposesión sería contraria a las disposiciones sustantivas del APPI, y es en atención a aquello que estos actores intentan impugnar aquella resolución internamente, lo cual resultará inoficioso, puesto que el estado de Chile rechazará todas esas acciones interpuestas por los demandantes.

2. Posiciones de las partes

a) Posición de los Demandantes.

La parte demandante expone la Decisión 43 constituye un nuevo elemento del diferendo y comprometería la responsabilidad de Estado chileno según el propio derecho interno. Además califican a este acto como un “hecho internacionalmente ilícito” y como un nuevo hecho con efectos muy similares a los de una desposesión. Por último concluye esta parte señalando que esta resolución violaría los artículos 3 (referente a la protección), 4 (referente a la obligación de garantizar un trato justo y equitativo) y 5 (versa sobre la expropiación) del APPI España-Chile.

a) Posición de la parte demandada.

La República⁵² sostiene principalmente que la parte demandante jamás ha sido propietaria de los bienes confiscados por el Estado chileno y que si no se hubiese indemnizado a quienes esa administración calificaba como dueños de los bienes expropiados, se produciría un desincentivo que los Estados hagan lo que hizo Chile -en referencia a compensar a quienes corresponde dicha indemnización- y en todo caso si quienes no fueron compensados sin importar el motivo de esto, tuvieron acceso al arbitraje estos no podrían alegar trato injusto e inequitativo, pues sí se diera lugar a esto se socavaría la integridad del sistema.

Hace referencia la demandada a que la decisión se refiere únicamente a terceras personas y aquello no ocasionaría perjuicio alguno, pues, esta decisión no pretende adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las demandantes.

3.Resolución del Tribunal de Arbitraje

El Tribunal concluye que la Decisión 43 debe considerarse como una aplicación discriminatoria de una Ley posterior al APPI y de los derechos que ella crea, o sea, esta situación está amparada por el art. 4 del APPI, norma que es mencionada por los demandantes, pero también resulta necesario exponer que

⁵²Laudo (p.210)

el Tribunal desecha los artículos 3 y 5 debido a que estos fueron invocados en contexto de una tesis ya rechazada por esta misma entidad arbitral, ahora bien la cuestión principal que se plantea el Tribunal es determinar si el comportamiento del Estado chileno se puede enmarcar dentro de una violación al deber de conceder a los actores un trato justo y equitativo según lo pactado en la parte pertinente del artículo 4 del APPI.

La norma mencionada nos indica lo siguiente “Cada Parte Contratante garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales.”, en consideración a este precepto es que el Tribunal determinó que Chile había hecho aplicación de forma discriminatoria en su legislación al dictar la Decisión 43.

III. Denegación de Justicia por falta de pronunciamiento en el fondo en el procedimiento de restitución de la rotativa Goss

En lo que respecta a supuesta Denegación de Justicia producto de la ausencia de decisión sobre el fondo en relación al procedimiento incoado para restitución de la maquinaria Goss o la indemnización sustitutiva correspondiente, actuación que se refrendaría por la dictación de la Decisión 43 y la supuesta incompatibilidad con el proceso antes mencionado, y en el mismo sentido ya

enunciado anteriormente, este acto fue controvertido infructuosamente por parte de la demandante.

Todos estos acontecimientos habrían tenido lugar entre los años 1995 y 2002, configurando de esta manera la segunda violación en la que incurriría el Estado chileno y frente a la cual este órgano colegiado decidió que correspondía aplicarse las disposiciones sustantivas del APPI, debido al comentario antes expuesto estos actos se produjeron con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, por lo cual estas normas son absolutamente aplicables *ratione temporis* a esta controversia y específicamente el art. 4 de este Tratado, es en virtud de esta norma que el Tribunal condena al Estado chileno desarrollando su argumentación en que el referido Estado violó una norma posterior del APPI hecho que habría perjudicado arbitrariamente a la inversión del Sr. Pey.

1. Hechos Pertinentes

Resulta necesario y pertinente para obtener una clara comprensión efectuar una reseña sistemática sobre los principales sucesos que dan cimiento a estas alegaciones de las partes. Por cuanto los autores efectuamos un orden sistemático de estos en los términos que siguen.

En primer lugar, resulta significativo detallar que el 4-10-1995 se interpuso ante los tribunales ordinarios de Chile una demanda referente a la restitución de la maquinaria Goss o en su defecto la indemnización que en derecho

corresponda, ante lo cual la demandada⁵³ a través del consejo de defensa del Estado Chileno contestó invocando falta de legitimación activa de la demandante para ejercer la acción correspondiente⁵⁴.

Posteriormente el primer Juzgado Civil de Santiago con fecha 2-12-1995 dictó una primera resolución la cual contenía seis preguntas y por las cuales se solicitaba a ambas partes aportar mayores pruebas para defender sus pretensiones. El 3-01-1997 el abogado del sr. Pey Casado pide modificación de los elementos de prueba, solicitando se adicione un punto de prueba y se elimine otro; esto tenía por objeto establecer si la rotativa Goss figuraba en el inventario de bienes muebles al que se refiere el artículo 4 del decreto N° 165 de 1975.

Según el Estado chileno, el 1° juzgado Civil de Santiago desestimó dicha demanda el 26-01-1999⁵⁵. Seguidamente el 23-06-1999, el sr. Pey Casado a través de su abogado notificó a la jurisdicción chilena la existencia de un procedimiento arbitral en relación a los bienes de CPP S.A y EPC Ltda. excluyendo de este procedimiento a la rotativa Goss en atención a que esta ya es objeto de un procedimiento interno ante la justicia chilena; con esa misma fecha también esta misma parte pide que el Tribunal ordene al Ministerio de Defensa Nacional que indique los motivos de la ocupación de los locales del

⁵³ Laudo, (p.150)

⁵⁴ Anexo 100 al memorial de contestación de la demandada de 3-02-2003.

⁵⁵ Anexo 104 al memorial de contestación de la demandada de 3-02-2003

diario El Clarín y que presente los documentos pertinentes, también solicita que un experto designe el estado de conservación en la actualidad de la rotativa Goss, así como también su valor de reemplazo, en el caso que fuera imposible su restitución.

Con fecha 27-07-1999 el procurador fiscal de Santiago alega que el sr. Pey no ha demostrado ser propietario de la maquinaria antes referida o de sociedad correspondiente, posteriormente los días 10 y 13-08-1999 el 1° Juzgado Civil de Santiago intento sin éxito localizar la maquinaria Goss. Después se produce la Decisión 43 del año 2000, ante la cual la demandante intentó impugnar esta decisión señalando la incompatibilidad de ella con el procedimiento incoado en 1995 por la rotativa Goss, a lo cual el 2-10-2001, el primer Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente para conocer sobre la incompatibilidad, señalando que el único órgano competente seria la Corte Suprema.

A razón de esto el Sr. Pey Casado con fecha 5-06-2002 interpone demandada ante la Corte Suprema con base en la existencia del conflicto de competencia entre la Decisión 43 y el procedimiento de reclamación de la rotativa Goss, o sea un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y Poder Judicial, esta reclamación fue desechada el 2-07-2002, y luego el 6-07-2002 Sr. Pey Casado intento un recurso de reposición contra esta decisión, pero la Corte niega este medio impugnatorio.

La supuesta incompatibilidad también fue informada al Contralor General de la República, quien los días 22 y 23-07-2002 a quien se le reprocho por la demandante haber convalidado el pago de las indemnizaciones (comprendía todo daño, o sea incluida la Rotativa Goss dentro de los bienes indemnizados) a favor de terceras personas. Frente a esto la demandante interpone recurso de reposición en contra de la decisión antes señalada, sin embargo, el 14-10-2002 de ese mismo año el contralor desestima el recurso basándose en la sentencia de la Corte Suprema.

En ese mismo periodo, particularmente el 3-08-2002 el Sr. Pey Casado interpone un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago relativo a su derecho de propiedad sobre la rotativa Goss, fundado en que este derecho se habría visto violado por la Decisión 43, pero en respuesta a esto la Corte de Apelaciones no admite el recurso por falta manifiesta de fundamento. En último lugar la demandante interpone su demanda complementaria de fecha 4-11-2002 ante el CIADI.

2. Posiciones de las Partes

a) Posición de la parte demandante

En la demanda complementaria, esta parte alega haber sido víctima de Denegación de Justicia según el Derecho Internacional, ya que entre los años 1995 y 2002 la jurisdicción chilena no había adoptado ninguna resolución que

fallara sobre el fondo del asunto encargado a su conocimiento. También los demandantes invocaron en reiteradas ocasiones la cláusula de la nación más favorecida, pero de ello no lograron extraer ninguna consecuencia útil.

La demandante hace hincapié en la actitud adoptada por la justicia chilena la cual se ve reflejada en el hecho que esta al no dictar una sentencia definitiva de primera instancia y esto conjugado con este tiempo excesivamente largo de a lo menos 7 años constituiría una Denegación de Justicia por parte del Estado chileno debido a que con esta actitud generaría una violación al APPI.

Posteriormente los demandantes argumentan que la actitud del Estado chileno generaría no solo Denegación de Justicia, en relación al proceso circunscrito a la restitución de esta maquinaria Goss sino que sería una actitud general y más amplia respecto a todo el procedimiento incluyendo al tramitado ente el CIADI, y por sobre todo respecto del derecho de acceso a arbitraje internacional. Los actores siguen su argumento dando ejemplos que en perspectiva de estos resultan clarificadores en lo referente al punto antes mencionado, tales como la oposición de Chile en 1997 a la solicitud de arbitraje o como la orden dada por el Ministerio del Interior para modificar la inscripción que calificaba al Sr. Pey Casado de extranjero en el Registro Civil Chileno o el rechazo de los recursos presentados por el Sr. Pey en otros.

Finalmente la demandante señala que no cabe duda que las alegaciones sobre denegación de justicia se encuentran manifestadas y fundadas de formas muy diferentes por las autoridades chilenas.

b) Posición de la Parte demandada.

La parte demandada no hace un análisis acabado en lo referente a la alegación de Denegación de Justicia impetrada por la contraria, lo que se fundaría en su posición frente a la inversión y nacionalidad de la demandante.

3. Resolución del Tribunal de Arbitraje

El tribunal concluye primeramente que este debe analizar las supuestas violaciones en base al artículo 4° del APPI el cual versa precisamente sobre la obligación de garantizar un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros, ya que los artículos 3 y 5 fueron invocados por la demandante como fundamento de una tesis excluida por este mismo Tribunal y que privaría de aplicación de estos dos artículos al presente Laudo.

Ahora bien, consecutivamente el Tribunal se plantea el dilema de si la actitud tomada por las autoridades chilenas en relación a este conflicto ha violado la garantía prescrita en el inciso primero del artículo 4 del APPI, el cual nos señala que “cada parte garantizará en su territorio de acuerdo a la legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas

de la otra parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales”. En seguida el Tribunal se refiere a la indeterminación de los conceptos Denegación de Justicia y Trato Justo y Equitativo, ya que no se ha podido alcanzar un consenso sobre definición, ni su contenido, por lo que resulta a lo menos impreciso concertar su estudio. En lo que sí hay consenso en el Tribunal es que entre los deberes a los cuales se obliga un Estado para garantizar un trato justo y equitativo figura la carga de no proceder a una Denegación de Justicia. Teniendo presente aquello es que las pretensiones de la demandante referidas a Denegación de Justicia se enmarcarían dentro de esta obligación de conceder un trato justo y equitativo.

A consideración del Tribunal estas cuestiones se pueden resumir en dos que se pasan a exponer:

Primero, determinar si la ausencia de decisión por parte de la justicia chilena en un plazo mayor de 7 años y así como también la ausencia de respuesta por parte la administración del mismo país generaría Denegación de Justicia en contra de la demandante. Segundo, determinar si las inversiones realizadas por la parte demandante se vieron garantizadas por un Trato Justo y Equitativo por parte del estado receptor.

Respecto del primer punto el tribunal en atención a todos los antecedentes aportados por las partes concluye que la ausencia de una sentencia de primera instancia durante el periodo de 1995 y 2002 debe calificarse como una

Denegación de Justicia, centrando su argumentación en que los plazos extraordinariamente largos y constantes aplazamientos son una de las formas clásicas de Denegación de Justicia, para apoyar su argumentación cita jurisprudencia del mismo tribunal, en donde se refrenda esto además de señalar que la Corte Europea de Derechos Humanos consagra el principio a ser oído dentro de un plazo razonable⁵⁶.

En lo atinente a la actitud procesal de la demandada, el tribunal concluye que esto solo sería resultado de los derechos y medios de que dispone la parte demandada quien niega competencia y otros instrumentos jurídicos que no se pueden considerar configuradores de Denegación de Justicia⁵⁷, esto independiente de lo cuestionable de aquel actuar o la compatibilidad con la Buena Fe que se imponen a los Estados parte del Convenio CIADI.

Respecto al segundo punto, es decir, el de saber si la inversiones de las demandantes gozaron de un trato justo y equitativo⁵⁸, aquí la respuesta del tribunal se establece resolviendo que sí se transgredió esta obligación de garantizar un trato justo y equitativo por parte del Estado chileno, puesto que, como el mismo Tribunal concluyó anteriormente, el Sr. Pey realizó una

⁵⁶ Este principio fue citado a propósito de un caso en el que un Tribunal interno de un país tardó en examinar una demanda de compensación por más de 7 años superando todo plazo razonable y esperable según la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁷ Laudo (p. 216)

⁵⁸ Ídem.

inversión y demostró ser dueño (o al menos poseedor regular) de los bienes confiscados en el régimen militar.⁵⁹

Posteriormente, el tribunal invoca las declaraciones de las nuevas autoridades chilenas⁶⁰ en lo relativo a su intención de restablecer la legalidad y reparar el daño causado por las autoridades del régimen de facto. En referencia a esto, el tribunal lamenta que “para las demandantes esta política no se tradujo en hechos por diversas razones que no fueron reveladas o claramente explicadas”⁶¹.

El Tribunal expone que para la jurisprudencia y doctrina internacional, el tratamiento discriminatorio por parte de las autoridades estatales genera una violación a la obligación de garantizar un tratamiento justo y equitativo de los inversores extranjeros.

Finalmente es preciso citar al tribunal en lo pertinente a que “En resumen, en este caso concreto, al conceder compensaciones por razones que solo ella conoce (la demandada) y siguen sin explicarse a personas que según el Tribunal de Arbitraje, no eran propietarias de los bienes confiscados, y al paralizar o rechazar las reivindicaciones del Sr. Pey Casado referentes a los

⁵⁹ CPP S.A. y EPC Ltda.

⁶⁰ Quienes restablecieron la democracia en Chile y sustituyeron al régimen militar.

⁶¹ Laudo, Pág.217

bienes confiscados, la República de Chile cometió una manifiesta denegación de justicia y se negó a tratar a las demandantes de manera justa y equitativa”.

IV. Nuestra Opinión

Para poder afirmar si el fallo de marras es acertado o no, es menester que previamente analicemos los puntos tratados, en especial, respectos de los artículos del APPI eventualmente infringidos por el estado chileno y el mecanismo utilizado para determinar el daño ocasionado. Los artículos del APPI eventualmente infringidos por la expropiación son:

a) Artículo 5° y 3° del APPI: Los autores concordamos que si existe una vulneración de estos artículos pero que desde cualquier perspectiva no es posible ser analizada por el Tribunal de Arbitraje, ya que, los hechos que fundamentan sus violaciones son anteriores a la entrada en vigencia del APPI.

b) Artículo 4° del APPI: Este artículo en su inciso primero dispone que “Cada Parte Contratante garantice en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales” El bien jurídico protegido por la disposición transcrita es el tratamiento justo y equitativo para los inversionistas extranjeros. Y desde ya adelantamos que en consideración a los autores este artículo se vio

transgredido, por los fundamentos que pasamos a esgrimir en los próximos apartados.

b.1) Definición de Tratamiento Justo y Equitativo.

En cuanto a la conceptualización de este término, resulta a lo menos complejo dar una definición asertiva, dada la indeterminación y confusión que ha causado tanto para la jurisprudencia como para la doctrina este concepto, por lo cual, los autores precisaremos determinar cuáles son a nuestra perspectiva los principales requisitos que se deben verificar para que nos encontremos ante esta institución y en definitiva la aplicabilidad de esta.

Para determinar el alcance exacto del bien jurídico en análisis hay que establecer su significado, en cuanto a esta institución resulta imposible determinar cuál es su verdadera conceptualización por lo que haremos un viaje por los principales términos que la componen y según los cuales se ha tratado de establecer los parámetros de aplicabilidad al presente caso. Para lo anteriormente expuesto acudiremos a Santo Tomás de Aquino, quien nos ilustra que la justicia es la actitud permanente o virtud de dar o restituir a cada cual lo que le pertenece y la equidad es la aplicación de la justicia a cada caso concreto, de esta forma nuestra podemos complementar a la equidad también como aquel elemento que se incorpora donde no hay ley y según el cual siempre se podrá resolver conforme a los principios generales del ordenamiento jurídico.

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto es que llegamos a la conclusión de que innegablemente siempre y ante todo conflicto el Estado se encuentra obligado a resolver dicho litigio mediante su propia jurisdicción y no puede entorpecer la resolución del asunto en cuestión por medidas impuestas por la legislación local que permiten dilatar infructuosamente este proceso no dando finalidad al litigio propuesto por las partes, en razón de que aquella actitud se alejaría de los estándares que todo Estado debe respetar al momento de administrar justicia, esto se ve reflejado en una actitud permanente que debe adoptar este lo cual le imposibilitaría acudir a instrumentos que justamente permiten alejar el asunto de aquella jurisdicción, en miras a si esto ocurriera de aquella manera el proceso resulta devastador a los intereses del debido proceso, puesto que, cualquier persona que interponga una reclamación ante una jurisdicción espera resolver el asunto y no agravarlo más a través de medidas judiciales improductivas.

Es innegable que la institución en comento está inmersa en todos los ámbitos jurídicos de los tratados relacionados con inversión extranjera, pues, es un estándar exigido y el cual no es permitido violar por parte del Estado que es receptor de aquella inversión extranjera. Ahora bien la indeterminación de la cual ha sido objeto este concepto hace imposible dar una definición inequívoca de este. Lo anteriormente expuesto ciertamente genera una suerte de incertidumbre al momento de la aplicación del estándar al caso concreto, en mérito de esto el marco teórico al cual se debe enfrentar para realizar el axioma

no está plenamente determinado, pero lo cual no establece la inaplicabilidad de dicho estándar sino que más bien lo hace aplicable como principio rector según el cual hay ciertas actitudes que todo Estado debe respetar y adoptar, y que no pueden ser soslayadas por ninguna institución interna del Estado receptor de la inversión.

Los autores creemos que este estándar está relacionado con una obligación que impone el Derecho Internacional al Estado que es receptor de la inversión, configurándose así para este un vínculo jurídico en el cual ese Estado se compromete a tratar al inversionista extranjero como sujeto de derecho y en condiciones que garanticen normas básicas de todo Estado de derecho a la inversión de acuerdo a los principios rectores de todo ordenamiento jurídico razonable.

Situación que en el caso en comento no se respeta, pues la actitud adoptada por el Estado chileno siempre fue deliberadamente negligente para con el Sr. Pey y su inversión. Actitud que se aleja de los estándares internacionales exigidos en la actualidad; los cuales exigen a los estados cumplir ciertas obligaciones tales como respetar el Debido proceso (incluido en este acceso a la justicia), Buena Fe, no discriminación, no arbitrariedad, conducta coherente del estado receptor entre otros.

b.2) Objetivo de la protección del bien jurídico de Tratamiento Justo y Equitativo.

La finalidad del APPI es resguardar el tratamiento justo y equitativo, es decir, garantizar un trato igualitario entre el inversionista extranjero y los inversionistas nacionales respecto del acceso a la justicia, financiamiento, trato por parte de las autoridades, etc. Este bien jurídico es muy relevante, ya que permite estimular a los inversionistas extranjeros a invertir en países que suscribieron el APPI, de forma tal que si el Estado receptor de la inversión no garantiza dichas condiciones mediante su ordenamiento jurídico y los poderes del Estado, los inversionistas serían víctimas de un trato injusto y arbitrariamente discriminatorio.

b.3) Tratamiento justo y equitativo para el caso concreto.

Expuesta la ilustración de Tratamiento Justo y Equitativo, y determinado el objetivo de resguardar tal bien jurídico, es menester concluir si dicha garantía es vulnerada en el caso de marras.

Según nuestra perspectiva, este bien jurídico se ha visto claramente infringido por el estado chileno, mediante la dictación de la Decisión 43; la cual indemniza equivocadamente a terceros, otorgando beneficios a personas distintas del Sr. Pey Casado y la Fundación; que no eran propietarios, ni a ojos del tribunal ni tampoco para los autores, es más, **el Estado demandado no demostró nunca**

durante la tramitación del arbitraje el dominio de los indemnizados, hecho que genera un convencimiento pleno de la posición del tribunal. Como es dable apreciar, esta decisión es notoriamente discriminatoria respecto de Sr. Pey, ya que no fue destinatario de reparación alguna dispuesta por el Estado chileno, muy por el contrario, aquella reparación fue proveída a terceros que según el Estado demandado habrían sido víctimas de transgresión de su propiedad, **lo cual no fue demostrado ante el Tribunal Arbitral**, ni tampoco la condición de propietarios de estos terceros, complicando aún más la pretensión de la demandada en el arbitraje.

También es preciso señalar que el Estado receptor de la inversión no ha justificado en el presente juicio, las motivaciones que validan la indemnización a terceras personas, **así como tampoco el por qué de la ausencia de indemnización para con quienes, a ojos del Tribunal, son los verdaderos dueños de la inversión,** es decir Víctor Pey y la Fundación Presidente Allende; en cambio, la demandada sólo se limitó a interponer excepciones procesales frente a las acciones ejercidas por su contraparte, por lo anterior es que nos encontramos convencidos que **la actitud procesal del Estado chileno fue menguando sus pretensiones frente a las consideraciones de los árbitros**, posición que los autores compartimos plenamente toda vez que, cualquier acto jurídico emanado de la administración del estado debe estar razonablemente justificado, hecho que no es posible verificar en el presente caso, es por ello que según nuestra perspectiva, la demandada se ha valido de

instrumentos lícitos, pero que en virtud de la motivación de éstos, sus efectos los volverían completamente ilegítimos, pues dañan los intereses de los verdaderos dueños de éstos derechos, sin ninguna razón aparente que en derecho proceda, por lo cual nos **encontramos en presencia de una discriminación arbitraria**, que vulnera claramente el artículo 4 del APPI, puesto que, si bien es cierto puede haber discriminación, pero ésta no puede ser infundada.

La referida discriminación es sancionada por el artículo 4 del APPI, siendo este último aplicable al caso comentado, toda vez que esta norma protege a los inversionistas que efectúen sus inversiones en países extranjeros, para que justamente no sufran un trato discriminatorio por parte del Estado Receptor de su inversión. Por lo cual, en este punto los autores no podemos sino estar de acuerdo con la decisión del tribunal, en lo concerniente a que el estado receptor de la inversión, o sea Chile, **por aplicación de una ley interna, incurrió en un acto discriminatorio hacia el inversionista de otro Estado parte del APPI**, esto se ve claramente acreditado pues la indemnización otorgada por la Decisión 43 “extinguiría” las pretensiones que válidamente tienen los demandantes, en lo relativo a la indemnización por el daño causado a su patrimonio.

Esta actitud del estado chileno, manifestada claramente por la Decisión 43, se ve acreditada por varios sucesos apreciables en el laudo; entre los cuales

podemos encontrar, los intentos de la demandada por obtener, de parte de España interpretaciones del APPI que resultaran favorables a sus pretensiones; lo que fue presentado como prueba en el juicio arbitral, con los resultados ya comentados, y –como advertimos- dicha actitud terminó por condenar anticipadamente al Estado chileno, por sus acciones contrarias a la buena fe internacional. Del mismo modo podemos encontrar otro claro ejemplo en la mentada Decisión 43, pues, mediante ella se indemniza también por la rotativa **Goss, que era objeto de un procedimiento judicial interno, el cual se encontraba pendiente** (no mediando a lo menos una sentencia de primera instancia); lo anterior es, desde cualquier punto de vista una incompatibilidad entre la Decisión y el procedimiento iniciado en 1995 por la demandante, esta actitud del Estado chileno va en la misma línea de la anterior, es decir, tratar de resolver y dar legitimidad a sus actos mediante hechos acaecidos con posterioridad al inicio del arbitraje, además de lo anterior también se genera un mal comportamiento procesal por parte de aquel Estado, actitud que en éste caso terminará por persuadir a los árbitros y que lo hará fallar en su contra.

c) Denegación de justicia

En atinencia y buscando dar un marco teórico en el cual fundamentar en nuestros argumentos, los autores creemos que la conceptualización de Denegación de Justicia, en lo relativo a inversión extranjera se puede definir como “todo incumplimiento del Estado, en torno su deber de organizar o de

ejercer la función jurisdiccional, con el fin de asegurar a los inversionistas extranjeros una protección judicial mínima”⁶²

En relación con lo anteriormente expuesto, debemos enunciar que hay un consenso entre la jurisprudencia y la doctrina, en señalar que existe Denegación de Justicia, cuando la jurisdicción local se “niega” a dar decisión sobre un asunto, ya sea, en lo principal o en un incidente del proceso. Es más, cuando estas violaciones se generan, hay un detrimento menos evidente (pero no por aquello menos importante) puesto que, al no cumplir con el debido proceso; la razonabilidad de éste pierde vigor, y por lo tanto la norma pierde fuerza, ya que uno de los principales objetivos de todo conflicto intersubjetivo de intereses, es justamente la resolución del mismo a través de los mecanismos establecidos por el Derecho, que generalmente reviste en una sentencia de término.

Es preciso señalar, que la omisión concebida mediante Denegación de Justicia se enmarca dentro de los estándares que componen una violación de garantizar un Trato Justo y Equitativo, ya que es obligación de los Estados dar acceso a sus Tribunales en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación a los inversionistas extranjeros que hayan requerido de la judicatura para poner fin a un asunto contencioso. Por lo anterior, es que siempre que haya Denegación de Justicia, se infringe también la obligación de garantizar un Trato

⁶² CORNU, G. (1987) *Vocabulaire Juridique*, 8° edición, París, Editions Puf, 2009, (P. 297)

Justo y Equitativo, a continuación analizaremos si esta institución se aplica al caso de marras.

En el presente apartado analizaremos si en el caso comentado, se configuraría o no una Denegación de Justicia por parte del estado chileno, infringiendo de esta manera el estándar internacional del artículo 4 del APPI, o sea, violando la obligación de conceder un Trato Justo y Equitativo a los inversionistas extranjeros. Partiremos señalando, con respecto a la falta de pronunciamiento sobre el fondo, en un plazo mayor a 7 años en el procedimiento que solicitaba la restitución de la rotativa Goss, debemos tener presente según qué parámetros podríamos calificar este hecho y si de esa manera se podría configurar la ya comentada Denegación de Justicia.

Para verificar lo anteriormente expuesto, debemos analizar si esta actitud del Estado chileno fue arbitraria o no, considerando que desde ya que en nuestra perspectiva sí lo sería, en razón a que **la jurisdicción nacional en todo momento entorpeció el regular desenvolvimiento de aquel litigio**. En la misma línea argumentativa, nos resulta lógico que el Estado debe prohibirse ejercer dichas actitudes, pues, son contrarias a la finalidad de toda Potestad Estatal, ya que la arbitrariedad es necesariamente lo contrario de la justicia, vale decir, **el deber administrarla de forma autónoma, independiente y conforme a las leyes de la República**.

Consecuencia de no haberse dictado una sentencia de primera instancia, es la imposibilidad para la demandante, de saber si sus pretensiones son válidas o no, **lo que genera un estado de incertidumbre jurídica**, que perjudica de manera inmediata a los demandantes, pero que de forma mediata afecta a toda la sociedad lo que podría decantar en un trastorno de la paz social como consecuencia de tan evidente arbitrariedad. Todo lo anterior se menciona, en atención a que el estado debe actuar siempre de acuerdo a la finalidad de sus funciones y atribuciones, sin que con el ejercicio de la potestad jurisdiccional dañe el derecho de las personas de forma ilegítima; es más, en este punto hay una carencia de fundamentación objetiva sobre el retardo en el avance lógico del procedimiento.

Relacionado con lo anterior y refrendando la actitud adoptada por el Estado demandado, es decir, el hecho que Chile negó al Sr. Pey Casado la posibilidad de acceder al debido proceso, el cual se encuentra prescrito en varios preceptos legales entre los cuales podemos citar, en lo pertinente, los siguientes (el subrayado y letra negrita es nuestro):

- El Artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile “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”

Artículo 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

- Artículo 8 “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”

- Artículo 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14.1 “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo

contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XVIII “Derecho a la justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

Artículo XXIV “Derecho de petición. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.”

- Convención americana de Derechos Humanos artículo 8. Garantías Judiciales".1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Como hemos podido comprobar, el derecho a un debido proceso se encuentra ampliamente consagrado en el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, así nos resulta claro que razonamientos como el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, con un procedimiento sencillo y breve, para obtener la determinación de sus derechos y obligaciones, de cualquier orden y también una pronta resolución del proceso, **son cargas que es posible solicitar que cumplidas al Estado en cuestión**, pues él mismo es quien se ha obligado a garantizarlas, ahora bien, es preciso señalar que en el caso de la restitución de la rotativa Goss, estas garantías no se han cumplido por parte del Estado chileno, puesto que, aquel proceso no se desarrolló de la manera debidamente correcta para los efectos de obtener la dictación de una sentencia que diera término al conflicto. De lo anterior, es posible inferir en nuestros términos, que en el presente caso no hay un procedimiento ni racional ni justo, faltando la demandada, a la garantía constitucional del debido proceso, lo cual es la esencia del debido proceso, verificándose así que la norma no restablecerá su vigencia con la velocidad y eficacia que esta requiere; de ahí el énfasis puesto por el legislador en la Constitución Política de la República, para que este procedimiento sea útil a los fines impuestos por dicha carta fundamental⁶³.

⁶³ Idea tomada de Separata de Derecho Procesal I, Disposiciones comunes a todo Procedimiento. Junio 2012. Prof. Cristian Maturana Miquel. Universidad de Chile, (P. 16)

En definitiva, como es posible de concluir, todo proceso tiene como fin último resolver el conflicto de relevancia jurídica que se entrega a su conocimiento, por lo cual es necesario que el proceso deba tener plazo razonable de tramitación, siendo la forma más común, la sentencia definitiva, en que se pone término al litigio, la cual una vez que se encuentre firme y ejecutoriada, poseerá la autoridad de cosa juzgada. Como es posible apreciar, en el caso concreto este debido proceso no se ha dado, puesto que, teniendo presente que la jurisdicción nacional, a través del órgano debidamente competente no ha puesto fin a este proceso en 7 años, y más aún ni siquiera se ha dictado una sentencia en primera instancia; hecho que a todas luces debió haber ocurrido mucho antes.

Este hecho objetivo, según la perspectiva de los autores, **genera responsabilidad objetiva por parte del estado chileno**, ya que éste, habiéndose obligado de diferentes formas a respetar esta garantía, y debido al incumplimiento que hemos podido apreciar en el presente caso, el cual se ve agravado por el convencimiento claramente expuesto por parte de esta República, ya que esta misma parte es quien se ha impuesto esa elevada carga tanto valorativa como jurídica, al concurrir a la ratificación del APPI España-Chile.

CONCLUSIONES

La investigación expuesta en la presente memoria, ha conducido a los autores a las siguientes conclusiones:

- 1) Víctor Pey no fue privado de su nacionalidad chilena en 1973, ya que la persecución política y exilio sufridos por él, jurídicamente sólo significaron una suspensión en el ejercicio de sus derechos establecidos por el CDN España-Chile por fuerza mayor, determinada por la cesación del estado de Derecho en Chile.
- 2) La entrega de un Salvoconducto al sr. Pey, no implica un reconocimiento oficial de Chile, de la pérdida de su nacionalidad chilena; sino sólo una garantía para transitar por territorio nacional en forma segura y con el único objeto de abandonar el país de manera definitiva.
- 3) Víctor Pey mantuvo su Doble Nacionalidad entre 1974 y 1996, siendo su nacionalidad española la preferente, mientras que la chilena fue la subsidiaria, por haber modificado su residencia a España, de acuerdo al CDN España-Chile.
- 4) La Constitución Política de 1980 siempre ha permitido la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena -excepto en el caso de que la renuncia

traiga consigo que el renunciante quede en situación de apátrida- la reforma constitucional de 2005 sólo viene a explicitar tal posibilidad, agregando una formalidad para hacer efectiva la renuncia.

- 5) En consecuencia, si un chileno tiene Doble Nacionalidad y desea renunciar a su nacionalidad chilena, nuestra constitución lo permite y siempre lo ha permitido.
- 6) El CDN España-Chile establece un estatuto jurídico facultativo y por ende, renunciable para su beneficiario; y al no estar prohibida la renuncia en el Convenio, el beneficiario tiene pleno derecho a retirarse del mismo y poner fin a su Doble Nacionalidad, si esa es su voluntad.
- 7) Víctor Pey renunció válidamente a su nacionalidad chilena, con anterioridad al 2-10-1997, primera “fecha crítica” del Convenio CIADI, por lo que cumple el requisito de nacionalidad establecido en dicho tratado bilateral.
- 8) La Fundación Presidente Allende cumple el requisito de nacionalidad establecido en el Convenio CIADI por ser española, y así lo ha reconocido el estado de Chile, al autorizar su funcionamiento en nuestro territorio como fundación extranjera, mediante el Decreto exento N° 2261 de 21-07-2006.

- 9) Víctor Pey cumple el requisito de nacionalidad establecido por el APPI España-Chile, al tener la nacionalidad española desde su nacimiento.
- 10) La Fundación Presidente Allende cumple el requisito de nacionalidad establecido por el APPI España-Chile, al existir certeza de su nacionalidad española.
- 11) El APPI España-Chile no es retroactivo, ya que sólo se aplica a las diferencias posteriores a su entrada en vigencia, también protege a inversiones vigentes anteriores APPI, pero sólo respecto de diferencias posteriores a su entrada en vigor.
- 12) En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje es competente *Ratione Temporis* para conocer la de la Demanda arbitral presentada por los actores, ya que su inversión continúa vigente mientras la indemnización reclamada por los demandantes no sea pagada por el estado de Chile.
- 13) La inversión de los demandantes se encuentra vigente y no está prescrita, toda vez que los actores sólo estuvieron habilitados para ejercer las acciones indemnizatorias, con la devolución de las acciones de CPP S.A. hecha por el 8° Juzgado del Crimen de Santiago a Víctor Pey en 1995, y las acciones legales tendientes a restituir lo expropiado por Chile, comenzaron

ese mismo año, lo que para todos los efectos legales interrumpe la prescripción.

- 14) No obstante, las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile no son aplicables *Ratione Temporis* a la Demanda Arbitral de 1997, porque se refiere a hechos anteriores a la entrada en vigencia del APPI.
- 15) Con todo, las disposiciones sustantivas del APPI España-Chile sí son aplicables *Ratione Temporis* a la Demanda Complementaria de 2002, porque los hechos alegados en ella son posteriores a la entrada en vigencia del APPI.
- 16) La diferencia de 1995 alegada por los demandantes, se encuentra regulada por el APPI España-Chile y se cristaliza en el momento en que el gobierno de Chile responde negativamente a la solicitud indemnizatoria del sr. Pey, es la única diferencia anterior al arbitraje.
- 17) Asimismo, la diferencia de 2000 que denuncian los actores, también se encuentra cobijada por el APPI España-Chile, y se materializa cuando los Demandantes manifiestan su oposición a la Decisión 43, dictada por el gobierno chileno ese año, además, constituye una nueva diferencia porque la Decisión 43 fue dictada con el arbitraje en curso.

18) Del mismo modo, a la diferencia de 2002, invocada por los demandantes también es aplicable el APPI España-Chile, tuvo su origen con la presentación de la Demanda Complementaria de aquel año, y constituye una tercera diferencia porque en su libelo, los actores realizan una nueva calificación de los hechos, y ejercen una nueva acción contra Chile por Denegación de Justicia.

19) La excepción presentada por Chile, respecto a que los actores han incurrido en la “Cláusula de Opción Irrevocable” (*Fork in the Road*) del APPI España-Chile es improcedente, toda vez que, entre la acción reivindicatoria interna de la rotativa “Goss” de 1995 iniciada por los demandantes y la Demanda Arbitral de 1997, no se cumple la “triple identidad” de partes, objeto y causa de pedir; y lo mismo ocurre entre la mencionada acción interna de 1995 y la Demanda Complementaria de 2002.

20) La Decisión 43 del año 2000, constituye una vulneración de la obligación de Trato Justo y Equitativo, por parte de Chile hacia los demandantes en su calidad de inversionistas extranjeros; toda vez que la Decisión 43 implica un desconocimiento total de su inversión -conformada por el derecho a ser indemnizados por las expropiaciones sufridas durante el régimen militar- Esta acción acarrea la responsabilidad internacional del estado de Chile, por incumplimiento del APPI España-Chile.

21) Asimismo, las acciones u omisiones (administrativas y judiciales) de Chile, tendientes a rechazar las impugnaciones legales de los actores a la Decisión 43, sumado al periodo de siete años de silencio judicial respecto de la acción reivindicatoria de la rotativa “Goss”, son hechos constitutivos de Denegación de Justicia cometida por Chile en contra de los demandantes, y acarrea la responsabilidad internacional de nuestra República, por violación del APPI España-Chile.

22) Finalmente, a través de la Decisión 43 y la Denegación de Justicia, Chile no hizo más que revivir, y dar el triunfo a una pretensión arbitral de los demandantes, que originalmente estaba destinada al fracaso por extemporánea, en efecto, las mencionadas acciones de nuestra República, permitieron a los demandantes enmendar el rumbo, y ejercer una acción en la que el CIADI declaró la responsabilidad internacional de Chile.