



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Escuela de Postgrado

Actividad Formativa Equivalente a Tesis  
Magíster en Derecho

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO N°18.2 LETRA C) DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO  
ENTRE CHILE Y URUGUAY EN MARZO DE 2016, Y SU AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE SOBERANÍA  
NACIONAL CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

Estudiante: Diego Ruiz Lobos

16.657.999-6

Profesor Guía: Francisco Zúñiga Urbina

Santiago, marzo de 2019

## ÍNDICE

### RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

### CAPÍTULO I. Tratado de Libre Comercio y Tratado Bilateral de Inversión (TBI)

1. Consideraciones generales sobre los tratados internacionales y tratados de libre comercio (TLC).....	10
2. Tratados de Libre Comercio (TLC) y su implicancia jurídica para los Estados.....	12
3. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).....	13
4. Principales disposiciones chilenas sobre celebración de tratados.....	16
5. Tratados de Libre Comercio, Acuerdos comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscritos por el Estado de Chile.....	19

### CAPÍTULO II. Soberanía Nacional y Sistemas de Resolución de conflictos

1. Soberanía Nacional y atribuciones soberanas en los tratados de Libre Comercio (TLC)..	22
2. Normas constitucionales y su vinculación con la soberanía nacional.....	23
3. Tribunal Constitucional.....	25
4. Limitaciones a la soberanía y Transferencia de atribuciones soberanas.....	27
5. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, (CIADI) y diferencias con el sistema de la OMC.....	29
6. Privatización de la justicia y jueces arbitrales. ....	33
7. Sobre la Jurisdicción Universal.....	36
8. Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico, TPP-11.....	39

CAPITULO III. Artículo 18.2 (c) del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Uruguay, aprobado por el Congreso Nacional de Chile.

1. Interpretación y análisis del Artículo N°18.2, del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y la República Oriental de Uruguay.....	43
2. Etapas del solución de controversias establecido en el tratado.....	46

#### CAPÍTULO IV. Casos relevantes

1. Alsacia versus Express contra Chile	
1.1. Origen del caso.....	52
1.2. Demanda.....	53
1.3. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia.....	55
1.4. Situación actual del caso.....	58
2. Phillis Morris versus Uruguay.....	
2.1. Origen del caso.....	59
2.2. Demanda.....	59
2.3. Tratado de Libre Comercio entre la Confederación Suiza y Uruguay.....	61
2.4. Situación actual del caso.....	

CONCLUSIONES.....	64
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	67
-------------------	----

## RESUMEN

La presente investigación tendrá por objeto analizar, a la luz del actual concierto internacional de apertura económica de los países de la región, el artículo 18.2 letra (c) del Tratado de Libre comercio suscrito entre Chile y la República Oriental del Uruguay, aprobado por el Congreso Nacional de Chile en diciembre de 2018, con el fin de determinar si dicha norma, de contenido similar a la mayoría de los Tratados de Libre Comercio que se encuentran ratificados por los países de la comunidad internacional, constituye una vulneración a la soberanía nacional de nuestro país, atendido que su articulado, denominado “mecanismo de solución de controversias”, involucraría una transferencia de atribuciones soberanas a tribunales arbitrales extranjeros, quienes a raíz de la aprobación de estas cláusulas especiales, resuelven conflictos producidos dentro de las fronteras del Estado, transgrediendo nuestra soberanía, contenida específicamente en los 5°, 76° y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, especialmente, mediante la transferencia de la facultad jurisdiccional a jueces arbitrales. Asimismo, se analizará lo señalado por el Tribunal Constitucional al respecto, y una vez determinado lo anterior, se analizarán las consecuencias prácticas producidas por el conflicto normativo en estudio, revisando un caso actualmente en desarrollo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como también, se indicarán los posibles mecanismos constitucionales para la solución de la colisión normativa en análisis.

**Palabras Clave:** Tratados Internacionales, Libre Comercio, Soberanía Nacional, Congreso Nacional, Derechos Humanos, Conflicto normativo, jueces arbitrales.

## INTRODUCCIÓN.

El 4 de octubre del año 2016 y en el marco del proceso de aproximación entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en la ciudad de Montevideo, Chile y la República Oriental del Uruguay firmaron un Tratado de Libre Comercio (TLC) con el objetivo de profundizar sus relaciones económicas y el intercambio de bienes y servicios. Las negociaciones comenzaron en el mes de febrero de ese mismo año y tras cuatro rondas de conversaciones y la revisión legal de los textos, se alcanzó un consenso entre ambos países. Dicho acuerdo entró en vigor internacional el 13 de diciembre de 2018, sin embargo, en Chile está pendiente su publicación en el Diario Oficial. Por su parte, el parlamento de Uruguay ratificó el tratado el día 31 de julio de 2018.

Dichas negociaciones dieron origen a un texto que consta de veinte capítulos, que, por un lado, recogen diversas áreas como medio ambiente, transparencia, comercio, y otras ya acordadas en el acuerdo que Chile mantiene vigente desde 1996 con el MERCOSUR, en el marco del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) N° 35<sup>1</sup> y, por otro lado, incluye nuevos capítulos que han motivado a algunos analistas a describirlo como un acuerdo novedoso y que forma parte de los llamados de “Última Generación”<sup>2</sup>. Estos capítulos se refieren a Pymes, comercio electrónico, normas laborales, medio ambiente, cooperación, género y comercio, propiedad intelectual y transparencia y anticorrupción. Asimismo, este nuevo Tratado de Libre Comercio entre Chile y Uruguay, se complementará con los acuerdos previamente celebrados entre ambos países (Capítulo I N°1) en materia de promoción y protección de inversiones, de complementación económica y también con el acuerdo en materia de doble tributación internacional. Actualmente y como se indicó más arriba, el Tratado de Libre Comercio en análisis, ha sido ratificado por ambos países, entrando en vigencia en Chile en diciembre de 2018.

---

<sup>1</sup> El Acuerdo de Complementación Económica N°35, establecido en el marco de la ALADI, definió las relaciones comerciales entre Chile y MERCOSUR, el cual ha estado vigente por 18 años, normando el comercio con Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay desde 1996.

<sup>2</sup> Son aquellos que se caracterizan por abarcar un ámbito más amplio que el simple comercio de bienes, incluyendo temas nuevos como el comercio de servicios, inversiones, propiedad intelectual y compras estatales, a la vez que incorporan disciplinas más complejas en materia de normas de origen, medidas fito y zoosanitarias y medidas antidumping.

En ese contexto y como se indicó anteriormente, expertos internacionales afirman que el tratado en cuestión forma parte de aquellos denominados “Tratados de Última Generación”, categoría que se utiliza para referirse a los estándares que se están imponiendo en las negociaciones comerciales y de inversiones a nivel mundial, pero que sin embargo, y como quedará demostrado en esta investigación, en realidad son aquellos que intentan desregular a los Estados y establecer normas a favor de las multinacionales y los inversionistas, buscando que el derecho a obtener beneficios económicos quede plasmado en acuerdos supranacionales, que además, generarán mecanismos controladores y sancionadores de las normas emitidas por los gobiernos democráticamente elegidos, de tal forma que la moneda siempre caiga del lado de las empresas.<sup>3</sup>

Dichos tratados son constantemente cuestionados por los movimientos sociales de los países que los suscriben, argumentando que los únicos beneficiarios son las compañías transnacionales, en desmedro de los Estados y la población en general.

Atendido lo anterior, esta investigación se centrará primeramente en un análisis general de la situación global producida por los Tratados de Libre Comercio, estudiando su vinculación con la soberanía nacional de los Estados y la crítica formulada al respecto, analizando someramente lo que se entiende jurídicamente por este tipo de instrumentos internacionales, conociendo los actualmente vigentes en nuestro país, como asimismo, las principales definiciones doctrinarias sobre la soberanía de los Estados, y su relación con los tratados en estudio.

Luego, se analizará la definición específica elaborada sobre los Tratados de Libre Comercio y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), haciendo especial referencia a su vinculación con la soberanía nacional de los Estados. Asimismo, se revisarán las principales normas constitucionales relativas a la aprobación de tratados

---

<sup>3</sup> ALIANZA CONTRA LA POBREZA Y LA DESIGUALDAD, Tratados comerciales de nueva generación, Cuca Hernández y Carlos Ruiz, 21 de septiembre de 2016 [en línea] <<http://alianzacontralapobreza.org/tratados-comerciales-de-nueva-generacion/>> [Consulta: 05 de marzo de 2019].

internacionales<sup>4</sup> y a la soberanía nacional<sup>5</sup>. Lo anterior, en un contexto de análisis que determinará la forma en que estos tratados, mediante la inserción de una cláusula de resolución alternativa de conflictos, vulneraría la soberanía de los Estados, generando lo que se ha denominado, una privatización de la justicia<sup>6</sup>.

En concordancia con lo anterior, se explicará la forma en cómo particularmente el artículo 18 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y la República Oriental del Uruguay, al otorgar competencia a un tribunal arbitral, como mecanismo de solución de controversias, viene a configurar una transferencia de soberanía nacional del Estado a un organismo internacional. De esta manera, a continuación, se analizarán los mecanismos de solución de controversias contenidos en el artículo 18° del Tratado<sup>7</sup> en análisis, el que establece la posibilidad de solicitar la conformación de un tribunal arbitral para resolver las eventuales controversias que se puedan producir entre las Partes por incumplimiento a los compromisos acordados en el tratado, detallando los principales elementos de funcionamiento e implicancias para los Estados Parte.

En consecuencia, la presente actividad formativa equivalente a tesis, (AFET), tiene por objeto analizar, explicar y fundamentar un conflicto normativo actual, que se produce entre las normas sobre resolución alternativa de controversias contenidas en un Tratado de Libre Comercio que el Estado voluntariamente aprobó y ratificó y nuestro ordenamiento jurídico actual, particularmente las normas constitucionales contenidas en

---

<sup>4</sup> Artículos 54° N°1, 32° N°15, 64° de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>5</sup> Artículos 5°, 76° y 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>6</sup> OMAL, Observatorio de Multinacionales en América Latina, “Los Tratados de libre comercio quiebran la soberanía de los Estados” Entrevista de Ignacio Rodríguez a Juan Hernández Zubizarreta. 2016, España. Pág. 3/5 [en línea] <[http://omal.info/IMG/article\\_PDF/Los-tratados-de-libre-comercio\\_a7465.pdf](http://omal.info/IMG/article_PDF/Los-tratados-de-libre-comercio_a7465.pdf)> [Consulta: 29 de marzo de 2019].

<sup>7</sup> Artículo 18.2: Ámbito de aplicación 1. Salvo que en el presente Acuerdo se disponga algo distinto, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán a la prevención o solución de cualquier diferencia que surja entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo o cuando una Parte considere que: (a) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte es o pudiera ser incompatible con las obligaciones previstas en el presente Acuerdo; (b) La otra Parte ha incumplido de alguna otra manera las obligaciones previstas en el presente Acuerdo, o (c) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del presente Acuerdo, conforme al Anexo 18.2.

los artículos Ns. 5°, 75° y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, que dicen relación con la soberanía nacional, y especialmente, la facultad jurisdiccional del Estado. Lo anterior, particularmente, a la luz del recién entrado en vigencia Tratado de Libre Comercio entre suscritor entre Chile y Uruguay. Por otra parte, se analizará lo señalado por el Tribunal Constitucional chileno en sus fallos, sobre la transferencia de soberanía de los Estados mediante la aprobación de tratados. Asimismo, se buscará establecer y definir las principales consecuencias jurídicas que esto conlleva para los países intervinientes a través de la aprobación de este tipo de instrumentos internacionales, dejando en evidencia la colisión de normas que se produce en el ordenamiento jurídico, lo que en definitiva, se traduce en una pérdida y transferencia de soberanía nacional a organismos internacionales, mediante la aprobación de las cláusulas sobre mecanismos de solución de conflictos contenidas en los tratados, privando al Estado suscriptor de su facultad jurisdiccional para conocer de los conflictos que se susciten dentro de su territorio.

En esa línea, se analizará el rol y las atribuciones que los Estados entregan al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (CIADI), en su calidad de principal organismo internacional encargado de resolver las controversias que se producen entre los Estados y los inversionistas, y cuya labor resulta trascendental en el actual contexto de celebración y ratificación de Tratados de Libre Comercio, toda vez que las cláusulas introducidas en estos instrumentos, transfieren la competencia para la resolución de controversias a este organismo.

Posteriormente, y de conformidad a los antecedentes recabados en la investigación, se analizará el actual caso en proceso en contra del Estado de Chile interpuesto por la empresa Alsacia y Express ante el CIADI, a fin de analizar sus reales implicancias y consecuencias para el Estado de Chile, haciendo énfasis que dicha demanda, se enmarca en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Colombia, cuya cláusula de resolución de controversias, es similar a la dispuesta en el tratado en estudio.

Finalmente y considerando los elementos señalados y que motivan la presente investigación, se propondrá establecer como alternativa al presente conflicto normativo,

la creación de un mecanismo que devuelva las controversias a la jurisdicción nacional, previa preparación y especialización de los jueces y tribunales locales, creando las instituciones necesarias para garantizar la imparcialidad jurídica.<sup>8</sup> Asimismo, se hará referencia a la posibilidad de introducir una modificación constitucional que proteja de manera expresa, la soberanía nacional, mediante la consagración en dicho de texto de una prohibición de transferir atribuciones soberanas a organismos internacionales, no obstante la ratificación de instrumentos internacionales.

---

<sup>8</sup> ALFREDO Serrano Mancilla, LUCÍA Convertei, y FRANCISCO Navarro, Evaluación y alternativas al CIADI, Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, América Latina, Debates Económicos [En línea] <<https://www.celag.org/informe-evaluacion-y-alternativas-al-ciadi/>> [Consulta: 15 de abril de 2019]

## CAPÍTULO I

### TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) Y TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI)

#### 1. Consideraciones Generales sobre los tratados internacionales y tratados de libre comercio.

Inicialmente, corresponde precisar brevemente lo que se entiende por Tratado Internacional. Al respecto, el profesor Benadava, siguiendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, lo ha definido como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único, en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular<sup>9</sup>. Por su parte, Silva Bascuñán, reafirma esta definición expresando que basta que importe un acuerdo escrito, suscrito entre Estados y que verse sobre un asunto regido por el derecho internacional<sup>10</sup>.

Sin embargo, cabe señalar que esta definición se limita a los tratados suscritos entre Estados, como bien lo aclara el mismo autor, y como también lo destacan los profesores Verdugo y Pfeffer<sup>11</sup>, quienes precisan que el término “tratado” es omnicomprendido de todos los acuerdos internacionales susceptibles de ser suscritos, respecto de los cuales existe una gran cantidad de denominaciones, dentro de las cuales señalan convenciones, protocolos, estatutos, acuerdos, *modus vivendi*, compromisos, concordatos, cartas, pactos de contravenda y declaraciones.

Asimismo, la aludida Convención de Viena (artículo 6<sup>o</sup>)<sup>12</sup> reconoce a las organizaciones internacionales capacidad para celebrar tratados, la que se incluye, normalmente, en su instrumento constitutivo. De modo que a la definición del artículo

---

<sup>9</sup> BENADAVA, Santiago, Derecho Internacional Público, 5ª Edición, Editorial Jurídica Conosur, 1997. Pág. 53.

<sup>10</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª Edición, Tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2000. Pág. 296.

<sup>11</sup> *Ibís.* Pág. 74.

<sup>12</sup> El Artículo 6° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: Capacidad de los Estados para celebrar tratados. “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”.

20<sup>13</sup> deberíamos agregar “entre Estados y/u organismos internacionales” para hacerla más completa.

Ahora bien, como elemento esencial de la presente AFET, es importante considerar, previamente, que la actual existencia del derecho internacional público no se limita solamente a regular las relaciones internacionales entre los Estados, sino que se ha ido ampliado a regular la existencia de situaciones mucho más complejas, como la vinculación con organizaciones internacionales, creando un nuevo sujeto de derecho, y por consiguiente, un conjunto de vinculaciones internacionales que deben ser analizadas.

Uno de los aspectos que explica la existencia de estos nuevos sujetos de derechos, es la transferencia de atribuciones soberanas de los Estados a dichas organizaciones.<sup>14</sup> En este sentido, resulta interesante examinar este fenómeno, toda vez que en la práctica, surge de parte de los Estados, tanto en la suscripción de tratados o instrumentos internacionales como las propias Constituciones Políticas, una transferencia, mandato o delegación de atribuciones soberanas de los Estados a esas organizaciones, situación que se analizará más adelante.

Esta transferencia de atribuciones soberanas por parte del Estado, la podemos encontrar especialmente a ciertos Tratados de Libre Comercio, que definimos anteriormente como aquellos de última generación, como es el caso de TLC suscrito entre Chile y Uruguay, el que como veremos, al igual que la gran mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión, (TBI), transfiere la facultad de resolver controversias a un tribunal que no pertenece a ninguno de los Estados Parte.

---

<sup>13</sup> Artículo 2° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece: Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

<sup>14</sup> GUZMÁN, Karl Müller, Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV) Chile. 2015, pág. 131.

Finalmente, cabe señalar que, entendiendo por soberanía en su definición clásica al poder absoluto y perpetuo de una República<sup>15</sup> o bien, como una propiedad del orden jurídico que se supone como válida o vigente<sup>16</sup>, siempre vamos a tener que enfrentar las preguntas esenciales en relación con la transferencia de atribuciones soberanas, esto es, qué atribuciones se van a transferir, a quién se va a transferir con qué requisitos debe efectuarlas.<sup>17</sup> En este sentido, los tratados internacionales, en virtud de su naturaleza jurídica de acuerdo celebrado entre las partes y regido por el derecho internacional, se constituye como el principal instrumento a través del cual, se materializa la transferencia de la soberanía nacional a estos nuevos sujetos de derecho denominados organizaciones internacionales. Por lo tanto, su negociación, tramitación y suscripción por parte de los Estados, debe llevarse a cabo teniendo en especial consideración las consecuencias jurídicas de cada una de las disposiciones que se aprueban.

## 2. Tratados de Libre Comercio (TLC) y su implicancia para los Estados

En un sentido amplio y habiendo analizado previamente lo que se entiende por Tratado Internacional y su trascendencia en la materia en estudio, corresponde definir lo que se entiende por Tratado de Libre Comercio (TLC). Al respecto, se han definido como un acuerdo comercial entre países donde se liberaliza el intercambio de bienes, servicios e inversiones mediante la eliminación de impuestos aduaneros en forma total o gradual en el tiempo, a la vez que se crean mecanismos para regular el tratado y resolver conflictos.<sup>18</sup>

Asimismo, cabe señalar que los TLC forman parte de una estrategia comercial de largo plazo que busca consolidar mercados para la exportación de sus productos,

---

<sup>15</sup> BODIN, Jean, Los seis libros de la República, Editorial Tecnos, España, 1997, pág. 47.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Trad. Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, México, 1995, Pág. 113.

<sup>17</sup> SAROOSHI, Dan, "International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers" (Oxford – New York, Oxford University Press, 2005, Pág. 5.

<sup>18</sup> BENÍTEZ, Enrique Ahumada, "Oportunidades de negocios: ¿En qué consisten los TLC?" Biblioteca del Congreso Nacional. Año 2008. [En línea] <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/oportunidades-negocios-tlc-que-consisten> [fecha de consulta: 24 de marzo de 2019].

buscando mayor competitividad y mejores empleos. Sin embargo, la mayoría de los TLC, como el caso que se analiza, tienen reglas de inversión que pueden ser desfavorables para los países, como, por ejemplo, la ausencia de leyes de protección al medio ambiente o ausencia de respeto a los derechos laborales, y el otorgamiento de competencia a tribunales arbitrales.

Cabe señalar, que la actual connotación que tienen estos tratados en el concierto internacional, se enmarca en la creciente expansión e internacionalización de la economía capitalista durante el siglo XX, que se realizó bajo el amparo del desarrollo de instituciones de carácter que llevaban a cabo el papel del Estado. Por esta razón, la experiencia y la historia han ido demostrando cómo este proceso es incompatible con la soberanía de los distintos territorios, es decir, es incompatible con la democracia de los pueblos. Uno de los puntales que debía acompañar este proceso era la creación de un derecho internacional que pasara por encima de la ley soberana de cada país.<sup>19</sup>

### 3. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)

Los Tratados Bilaterales de Inversión, o más conocidos como (TBI), son aquellos que buscan regular las relaciones comerciales de inversión entre dos países. Sin embargo, se ha señalado también, que son acuerdos internacionales entre dos Estados con el objetivo principal de brindar seguridad jurídica a los inversores, y cuyos patrocinadores comúnmente son países exportadores de capital cuya intención final, sin embargo, es proteger la inversión extranjera de sus nacionales en un tercer Estado de forma asimétrica<sup>20</sup>. Situación que será analizada a la luz de los antecedentes de la presente investigación.

Estos tratados, en la práctica, facilitan el comercio y las inversiones al proporcionar un entorno seguro para los inversionistas. Lo anterior, toda vez que, dentro de su

---

<sup>19</sup> MANCILLA, Alfredo Serrano, CONVERTI Lucía y NAVARRO Francisco, “Informe: Evaluación Y Alternativas Al Cadi” América Latina, Debates Económicos. Año 2017. [En línea] <https://www.celag.org/informe-evaluacion-y-alternativas-al-ciadi/> [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2019].

<sup>20</sup> PASTOR, Martín, Los TBI y América Latina: Expoliación Transnacional Consentida, Celag.org. Año 2018. [En línea] <https://www.celag.org/tbi-america-latina-expoliacion-transnacional-consentida/> [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

articulado, todos establecen los llamados “mecanismos de solución de controversias” entre inversores y Estados, que permiten a las empresas transnacionales demandar a los Estados, basándose en una interpretación muy amplia de los daños a las inversiones. Esto se ha traducido en un aumento considerable de las demandas en contra de los Estados y ha propiciado que un número cada vez mayor de gobiernos esté intentando rescindir o modificar los TBI vigentes.

Estos tratados suelen incluir una serie de disposiciones estándar como el Trato Nacional (dar el mismo trato a los inversores nacionales y a los extranjeros), el Trato de Nación más Favorecida (dar a los inversores de un país el mismo trato que a los del país que tenga unas condiciones de inversión más favorable), el Trato Justo y Equitativo (cláusula muy genérica que impide cometer agravios contra inversores), Restricciones sobre mala expropiación, tanto directa como indirecta (resultado de cambios en la legislación), restricciones a los requisitos de contenido nacional (por la que se impide la obligación de consumir productos nacionales o contratar personal nacional) o la Libre transferencia de fondos (permite repatriar todos los fondos relacionados con las inversiones) entre otras. Sin embargo, en escasas ocasiones incorporan alusiones, no vinculantes, a los derechos humanos.<sup>21</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la disposición más relevante de los TBI consiste en la llamada cláusula de solución de diferencias entre Inversores y Estados. Esta consiste en un mecanismo por el cual los inversores extranjeros pueden eludir la justicia de cada nación y denunciar, ante tribunales internacionales, a cualquier Estado por el incumplimiento de las cláusulas anteriormente mencionadas. Los tribunales a los que se suele recurrir son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>22</sup>. Siendo el primero, el más recurrido por los inversionistas. Estos tribunales pueden dictar indemnizaciones para los inversores afectados. En la

---

<sup>21</sup> CARRANZA ESCOBAR, Ronald Eduardo, GARCÍA RUIZ, Sue Susaneth, Trabajo en Grupo, Los tratados bilaterales de inversión y la solución de conflictos. Universidad Latina de Panamá, Facultad de Derecho, Año 2018. Pág. 10.

<sup>22</sup> PASTOR, Martín, “Juez y parte, el gran negocio detrás de los TBI” Celag.org. Año 2019. [En línea] <https://www.celag.org/juez-y-parte-el-gran-negocio-detras-tbi/> [Consulta: 28 de marzo de 2019].

mayoría de los casos dichas indemnizaciones incluyen el lucro cesante, es decir, los beneficios que el inversor calcula que ha dejado de obtener debido a cualquiera de las medidas legislativas impulsadas por el país demandado.

Cabe señalar, que existe una clara unidireccionalidad y exclusividad en estos sistemas de solución de controversias<sup>23</sup> toda vez que solo los inversores pueden denunciar a los Estados, pero no a la inversa, cuando los inversores incumplen cualquier parte del acuerdo.

Asimismo, es importante señalar que los TBI presentan otro cambio o excepción al sistema clásico, dado que en numerosos acuerdos no se condiciona el proceso arbitral internacional al previo agotamiento de los recursos internos en el Estado demandado, como propone la doctrina Calvo.<sup>24</sup> De esta manera, los TBI terminan con una doctrina clásica en la materia, basada en los principios de igualdad soberana, no intervención y trato igualitario entre extranjeros y nacionales.

En este mismo sentido, un informe del Banco Mundial elaborado el año 2003, que analiza un período de 20 años, encuentra pocos indicios de que los TBIs estimulen las inversiones. Las pruebas empíricas, en concreto, ponen de manifiesto que los países con instituciones nacionales frágiles no habían conseguido beneficios significativos tras la firma de un TBI. En cambio, los países con instituciones nacionales fuertes eran los que más ganaban con estos tratados, ya que éstos actuaban como complemento –no como sustituto– de la reforma interna general.<sup>25</sup> Lo anterior, reafirma lo señalado anteriormente sobre el objetivo esencial de los TLC, toda vez que su establecimiento parece no ser la de contribuir al desarrollo local de los países y su crecimiento

---

<sup>23</sup> García-AMADO, RIOCO, Luis, y KUCHARZ Tom. “Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal” Observatorio de Multinacionales de América Latina, 2003, [En línea] <http://omal.info/spip.php?article6148>. [Consulta: 28 de marzo de 2019].

<sup>24</sup> BAS VILIZZIO, Magdalena, “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur” Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Vol.3 N°5 Asunción. 2015. [En línea] [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-78872015000500233](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500233) [Consulta: 28 de marzo de 2019].

<sup>25</sup> MAES Marc, EVENTON Ross, VANDER STICHELE Myriam, TRICARICO Antonio, SENSI Roberto, VAN OS Roos, EBERHARDT Pia, OLIVET Cecilia, “Por una política europea de inversiones al servicio del interés público Los Acuerdos de Inversiones de la UE En la era del Tratado de Lisboa”. Transnational Institute en nombre del Grupo de Trabajo sobre inversiones de la red Seattle to Brussels. Amsterdam. Año 2010. Pág. 27.

económico, ya que la experiencia ha demostrado que solo en aquellos países con instituciones poderosas, se logra un avance económico, en detrimento de las economías pequeñas y débiles.

En concreto, podemos afirmar a raíz de los antecedentes, que los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los tratados de libre comercio (TLC) constituyen los instrumentos más contundentes y efectivos del capital financiero transnacional.

La experiencia práctica de los últimos años ha sido que los TLC se han convertido en un instrumento para desafiar las políticas públicas cuando estas interfieren con los beneficios de las empresas. A la capacidad que ya tienen grupos de presión de las multinacionales para acceder a los procesos legislativos, se une por tanto la capacidad coercitiva de poder denunciar cualquier cambio en la legislación que sea contrario a las pretensiones económicas de los inversionistas, obligando a los Estados a recurrir a un procedimiento arbitral, sustrayendo de su competencia la resolución de conflictos y, por tanto, arrebatándolo de atribuciones soberanas.

Ahora bien, cabe señalar que de acuerdo lo informado por la DIRECON, un tratado bilateral de inversiones no es parte de un Tratado de Libre Comercio (TLC), sino que es un instrumento jurídico independiente enfocado exclusivamente al régimen de inversiones entre dos países. Por lo general, incluyen temas tales como: liberalización de inversiones, protecciones a las inversiones y solución de diferencias en materia de inversiones. Un TLC, en cambio, es un instrumento jurídico más amplio que regula diversos aspectos del comercio internacional y no sólo un sector específico del mismo.<sup>26</sup> Sin embargo, ambos instrumentos cuando incluyen dichas cláusulas sobre solución de controversias se enmarcan dentro del conflicto normativo en estudio, vulnerando la soberanía nacional.

#### 4) Principales disposiciones chilenas sobre celebración de tratados

La Constitución Política de la República de Chile, que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, señala dentro su cuerpo normativo, una serie de atribuciones

---

<sup>26</sup> DIRECON - Respuesta a solicitud de Consulta Ciudadana Nº 15886, de fecha 01 de abril de 2019.

exclusivas del Presidente de la República y del Congreso Nacional. Dentro de las atribuciones especiales del Presidente de la República, se encuentra la de llevar a cabo las negociaciones para concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales, los que posteriormente deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.<sup>27</sup>

De esta manera, la carta fundamental radica en la figura del Presidente de la República, la responsabilidad de dirigir y conducir las negociaciones para la suscripción de un tratado.

Igualmente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 N°1<sup>o28</sup> de la Constitución Política, y en concordancia con lo señalado en el párrafo precedente, la carta fundamental dispone expresamente que es atribución exclusiva del Congreso Nacional, aprobar o desechar los tratados internacionales que el Presidente de la República presenta antes de su ratificación. Asimismo, dispone que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirá nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. Agrega, que no requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

---

<sup>27</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Artículo N°32°: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: N°15: Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1°”.

<sup>28</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Artículo N°54.- “Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, del quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional...”

Asimismo, agrega dicha norma constitucional, que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Posteriormente, la carta fundamental indica que, en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64.<sup>29</sup>

Por su parte, el Decreto N° 1.173 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 8 de noviembre de 1990<sup>30</sup>, dispone que la autoridad competente para representar al Estado en los actos relativos a la negociación, conclusión y firma de los tratados es el Ministro de Relaciones Exteriores. Según este Decreto, el Ministro de Relaciones Exteriores está facultado para otorgar plenos poderes a otros funcionarios del Estado para negociar, concluir y/o firmar tratados.

Cabe señalar también, que la Ley N°18.158, promulgada el 18 de agosto de 1982, establece reglas sobre publicación de tratados internacionales.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Artículo 64.- El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado. La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República. La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance. A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida. Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

<sup>30</sup> DECRETO N°1.173 DE 1990, Artículo 1: Sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 2 del artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Ministro de Relaciones Exteriores es la autoridad competente para representar al Estado en los actos relativos a la negociación, conclusión y firma de los Tratados.

<sup>31</sup> . BENADAVA, Santiago, Op. Cit, Santiago. Pág. 58.

Finalmente, corresponde señalar que, en la actual legislación, los proyectos de acuerdo que aprueban tratados internacionales pueden ser objeto de requerimiento parlamentario, lo que da origen al control eventual (Artículo 93, N° 3 de la Constitución) y también pueden ser objeto de control obligatorio si la materia que regulan es propia de Ley Orgánica Constitucional. Esto último, si bien ya era una práctica normal, se introdujo en el texto expreso de la Constitución mediante la reforma constitucional de la Ley 20.050, de 2005.

De esta manera, y como se registra en las constancias parlamentarias previas, contenidas en el informe de la comisión de relaciones exteriores, asuntos interparlamentarios e integración latinoamericana, sobre el proyecto de acuerdo que aprueba el "acuerdo de libre comercio entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay", suscrito en Montevideo, Uruguay, el 4 de octubre de 2016, el Proyecto de Acuerdo no contiene normas de carácter orgánico constitucional o de quórum calificado. Asimismo, ella determinó que sus preceptos fueran conocidos por la Comisión de Hacienda por tener incidencia en materia presupuestaria o financiera del Estado.

Finalmente, cabe señalar que los cuerpos legales antes descritos y las normas constituciones citadas, no establecen expresamente ninguna disposición tendiente a proteger o a limitar una eventual transferencia de atribuciones soberanas, las que como analizaremos, se producen mediante la suscripción y ratificación de los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio, como es el caso del tratado en estudio.

#### 4. Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Complementación Económica y Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Estado de Chile.

Según datos publicados por la Dirección General de Relaciones Exteriores, (DIRECON), organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile tiene

actualmente 26 acuerdos comerciales vigentes, con 64 mercados, que representan el 63% de la población mundial y el 86,3% del PIB global.<sup>32</sup>

Un Acuerdo de Libre Comercio, consiste en un tratado de carácter comercial, regional o bilateral que busca ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes. Se encuentran actualmente vigentes en Chile, los acuerdos suscritos con los siguientes países, con su respectiva fecha de entrada en vigor: Australia (2009), Canadá (1997), Centroamérica<sup>33</sup>(2002), China (2006), Colombia (2009), Corea del Sur (2004), EFTA<sup>34</sup> (2004) Estados Unidos, (2004), Hong Kong SAR (2014), Malasia (2012), México (1999), Panamá (2008), Tailandia (2015), Turquía (2011), Vietnam (2014) y Uruguay (2018).

A mayor abundamiento, cabe señalar que, dentro de la clasificación de acuerdos comerciales, se encuentran igualmente los Acuerdos de Complementación Económica<sup>35</sup>, Acuerdos de Alcance Parcial<sup>36</sup>, Acuerdo de Asociación Económica<sup>37</sup> y Protocolo Comercial<sup>38</sup>.

Finalmente, y de acuerdo a los datos publicados por el Sistema de Información sobre Comercio Exterior<sup>39</sup> de la Organización de los Estados Americanos, (OEA), Chile

---

<sup>32</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, Acuerdos Comerciales, <https://www.direcon.gob.cl/modulo-de-acuerdos-comerciales/> [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

<sup>33</sup> Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

<sup>34</sup> Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

<sup>35</sup> Es una denominación que usan los países latinoamericanos en los acuerdos bilaterales que contraen entre sí para abrir recíprocamente sus mercados de bienes, los que se inscriben en el marco jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Apuntan a una apertura de mercados mayor a la de los Acuerdos de Alcance Parcial, pero menor que los Tratados de Libre Comercio. En este tipo de acuerdos se negocian todos los productos de ambos países.

<sup>36</sup> Es un acuerdo comercial básico, ya que sólo incluye materias arancelarias pero sólo para un grupo de bienes. Es decir, se liberan o rebajan los aranceles de algunos de los productos del comercio entre los países que lo negocian. Normalmente se le concibe como una primera etapa en un proceso de apertura mayor a largo plazo.

<sup>37</sup> Este tipo de acuerdos es tan completo como los TLC, sin embargo, también incluye materias del ámbito político y de cooperación como es el caso del Acuerdo de Asociación que existe entre Chile y la Unión Europea.

<sup>38</sup> Corresponde al caso de la Alianza del Pacífico, el que constituye un instrumento comercial suscrito entre Chile, Colombia, México y el Perú, considerado fundamental para la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre los cuatro países.

<sup>39</sup> SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR. Organización de los Estados Americanos, OEA, [En línea] [http://www.sice.oas.org/ctyindex/chl/CHLBITS\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/chl/CHLBITS_s.asp) [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

actualmente tiene vigentes tratados bilaterales de inversión con los siguientes países: Alemania (1997), Argentina (1991), Australia (1996), Austria (1997), Bélgica (1992), Bolivia (1994), Brasil (1994), China (1994), Colombia (2000), República de Corea (1996), Costa Rica (1996), Croacia (1994), Cuba (1996), Dinamarca (1993), Ecuador (1993), Egipto (1999), El Salvador (1996), España (1991), Filipinas (1995), Finlandia (1993), Francia (1992), Grecia (1996), Guatemala (1996), Honduras (1996), Hungría (1997), Indonesia (1999), Islandia (2003), Italia (1993), Líbano (1999), Malasia (1992), Nicaragua (1996), Noruega (1993), Nueva Zelanda (1999), Países Bajos (1998), Panamá (1996), Paraguay (1995), Perú (2000), Polonia (1995), Portugal (1995), Reino Unido (1995), República Checa (1995), República Dominicana (2000), Rumania (1995), Sudáfrica (1998), Suecia (1993), Suiza (1999), Túnez (1998), Turquía (1998), Ucrania (1995), Uruguay (2010), Venezuela (1993) y Vietnam (1999).

Como se aprecia, Chile cuenta actualmente con un gran número de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y Tratados de Libre Comercio (TLC), los que se han venido incrementando durante las últimas décadas, en un contexto de globalización de las relaciones comerciales, lo que como veremos, significa un aumento significativo y relevante para la industria, pero que a su vez, representa un alto riesgo para la soberanía de los Estados, todo vez que involucran una transferencia parcial de nuestra soberanía, mediante la inclusión de las cláusulas sobre sistema de resolución de controversias.

Revisados estos instrumentos internacionales, cabe señalar que todos coinciden con la consagración dentro de su articulado, de un mecanismo de solución de controversias, lo que viene a confirmar lo que veníamos señalado sobre la transferencia de atribuciones soberanas, toda vez que se entrega a una Corte Arbitral Internacional, (como el caso del CIADI) la competencia para resolver los conflictos que surjan en el marco de la aplicación del acuerdo.

## CAPITULO II

### SOBERANÍA NACIONAL Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

#### 1. Soberanía Nacional y atribuciones soberanas

Uno de los elementos relevantes que nos llama a analizar la actual transferencia de atribuciones soberanas que realizan los Estados en la suscripción de Tratados de Libre Comercio, radica en que el derecho internacional ya no se limita solamente a regular las relaciones entre Estados, sino que regula cada vez relaciones más complejas. Por ejemplo, mediante el surgimiento de nuevos sujetos del derecho internacional como las organizaciones internacionales, dichos instrumentos abordan materias de gran relevancia para los Estados, que las Constituciones nacionales muchas veces no prevén en sus textos. Por lo anterior, uno de los aspectos que explica la existencia de estos nuevos sujetos de derecho, es la transferencia de atribuciones soberanas de los Estados a dichas organizaciones.

En la medida en que estas transferencias afectan materias cada vez más esenciales de la soberanía de los Estados, la regulación de dichas transferencias se torna más precisa y compleja<sup>40</sup>.

Atendido lo anterior, cabe precisar qué entendemos por soberanía y por atribuciones soberanas:

##### a) Soberanía.

Algunos autores han concebido la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de una República”<sup>41</sup>. Por otra parte, se puede entender la soberanía sobre la base de

---

<sup>40</sup> CLAES, Mónica, *Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales: evolución y tipología*, en Cartabria, Marta – De Witte, Bruno - Pérez Tremps, Pablo - GÓMEZ, Itziar, *Constitución Europea y Constituciones Nacionales* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), pág. 131.

<sup>41</sup> BODIN, Jean, *Op. Cit.* pág. 47.

contrato social, el cual resulta necesario en la medida que la soberanía es el ejercicio de la voluntad general.<sup>42</sup>

Hans Kelsen, por su parte, ha señalado que la soberanía no es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal.<sup>43</sup>

b) Atribuciones soberanas.

La soberanía de un Estado comprende el ejercicio de determinadas atribuciones en el territorio bajo su jurisdicción, como son las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas. Así, cuando se habla de atribuciones soberanas, se refiere en términos amplios a las atribuciones de gobierno y administración del Estado.<sup>44</sup>

De acuerdo a lo anterior, estas facultades inherentes al Estado recién señaladas, a causa de la transferencia realizada, involucran en la práctica, que el Estado deberá dejar de ejercerla en la forma dispuesta por su propio ordenamiento jurídico nacional, y comenzar a ejercerla de la manera que lo dispone el derecho internacional, o bien dejar esa atribución en manos del ente externo que se la atribuye.

## 2.- Constitución Política de la República de Chile y su vinculación con la soberanía nacional

Con el fin de determinar específicamente el actual conflicto normativo que motiva la presente investigación, corresponde analizar el tenor y el contexto de aquellas disposiciones constitucionales consagradas en nuestra Constitución Política de la República, y que dicen relación con la soberanía nacional. Asimismo, es pertinente señalar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional sobre la materia. Lo anterior, vinculado con la transferencia parcial de soberanía nacional que se produce con la suscripción del TLC en estudio. Al respecto, corresponde señalar primeramente que nuestro texto

---

<sup>42</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, El contrato social o principios de derecho político. 2ª Edición, traducción de Everardo Velarde. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. 1969, Pág. 40 y siguientes.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho (15ª edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México D. F, Porrúa, 2007), pág. 294.

<sup>44</sup> SAROOSHI, Dan, International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers. Oxford, New York, Oxford University Press. 2005, pág. 18.

constitucional consagra en los artículos 5<sup>o</sup><sup>45</sup>, 76<sup>o</sup><sup>46</sup> y 19 N°3<sup>47</sup>, especialmente, los elementos de la soberanía nacional, definiendo en quien radica, su ejercicio, sus límites y potestades que contiene para el Estado.

En ese sentido, es importante recordar que una de las principales definiciones formuladas sobre la soberanía, señala que esta consiste en “el poder absoluto y perpetuo de una República<sup>48</sup>”. Siguiendo esa definición y en el marco de un Estado Constitucional de Derecho<sup>49</sup>, encontramos como poderes del Estado al Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En ese orden de ideas, corresponde precisar que, el Estado, como ente supremo representante de toda la nación, y en cuya nación radica la soberanía, ejerce el poder basado en estos tres pilares fundamentales.

Considerando aquellos poderes del Estado, y entendiendo que su funcionamiento democrático involucra el ejercicio de la soberanía nacional, en el caso en estudio, nos encontramos que, frente a la suscripción y aprobación del tratado de libre comercio celebrado con Uruguay, el Estado, es privado de parte de unos de estos poderes esenciales que conforman la soberanía nacional: el poder judicial. Lo anterior,

---

<sup>45</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>46</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

<sup>47</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

<sup>48</sup> BODIN, Jean, Op. Cit. pág. 47.

<sup>49</sup> Según la doctrina (incluida la italiana), el Estado de derecho fue aprobado por el Estado constitucional de derecho, fórmula de derivación alemana. Es aquella sociedad donde rige la constitución y las demás leyes están subordinadas a ella.

ya que mediante la aprobación de este tratado, se transfiere a un organismo externo la potestad de resolver las controversias que se susciten dentro del territorio nacional, lo que contraviene, expresamente, lo definido por el texto constitucional.

Asimismo, nuestra carta fundamental dispone expresamente en el artículo 76<sup>o50</sup> que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Agrega, que ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Dicha norma, es clara en señalar quiénes pueden y deben ejercer dichas facultades dentro del marco de la ley, agregando igualmente, que corresponde a una atribución exclusiva.

### 3. Tribunal constitucional

Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el conflicto normativo en estudio, señalando que “la jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 76° de la Carta Fundamental”, cuyo ejercicio constituye un poder - deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley”<sup>51</sup>. Asimismo, en el mismo fallo, el tribunal ha resuelto que “nuestra Constitución Política caracteriza la jurisdicción como una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°,

---

<sup>50</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

<sup>51</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 01 de febrero de 1995, ROL N°205 de 1995.

6° y 7° de la Constitución, y entra su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecido por ella o la ley, que son “las autoridades que esta Constitución establece”. Finalmente, señala que la jurisdicción así concebida, es un atributo de la soberanía, y, como tal, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado.

En otro fallo, el tribunal ha señalado que "nuestra Constitución Política de la República, es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio del debido proceso. Prosigue señalando, “El hecho de que un tratado o la ley entregue al juez nuevos elementos a considerar en una causa, no limita de manera alguna el ejercicio de la plena jurisdicción que le otorga la Constitución Política de la República”.<sup>52</sup>

En esa misma línea argumental, el tribunal ha indicado que “como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5° inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del poder Judicial. De esta manera, la Corte Penal Internacional del Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, (artículo 5°) por lo que hace evidente su inconciliabilidad”<sup>53</sup>.

Atendido lo anterior, tanto la carta fundamental, como los reiterados fallos del Tribunal Constitucional, ratifican la consagración de nuestra soberanía dentro del ordenamiento jurídico, enumerando, además, aquellas atribuciones del Estado que conforman esa soberanía y los órganos que se encuentran legitimados para su debido

---

<sup>52</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de agosto de 2000, ROL N°309 de 1995.

<sup>53</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de agosto de 2000, ROL N°343 de 2002.

ejercicio dentro de la nación. En ese sentido, dicha jurisprudencia constitucional, vincula las normas citadas con el ejercicio de la soberanía, haciendo especial énfasis, en que hablamos de atribuciones privativas y exclusivas, en este caso, del Poder Judicial, quien sería el único facultado constitucionalmente para conocer y resolver las controversias que se susciten dentro del territorio nacional.

En consecuencia, cuando nos encontramos con una norma vigente en nuestra legislación, que literalmente transfiere o delega esta facultad (de conocer y resolver controversias) a un organismo internacional, nos encontramos con una vulneración parcial a nuestra soberanía nacional, toda vez que una de las facultades del poder, en este caso la jurisdiccional, se encuentra radicada en un organismo externo, transgrediendo expresamente dichas normas y, por tanto, nuestra soberanía.

#### 4. Limitaciones a la soberanía y Transferencia de atribuciones soberanas

Siguiendo lo señalado por el profesor Karl Müller Guzmán, y como se indicó en el párrafo anterior, la limitación a la soberanía, desde el punto de vista del derecho internacional, corresponde a una restricción del ejercicio de alguna atribución soberana, en virtud de la cual el Estado deberá ejercerla conforme a lo regulado en dicho ordenamiento jurídico internacional<sup>54</sup>. El ejemplo más claro de lo anterior, indican los profesores Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash, se aprecia en la obligación que tiene todo Estado de respetar los derechos fundamentales de las personas, con lo cual todo órgano y agente del Estado deberá ejercer sus atribuciones de manera que no vulnere las regulaciones internacionales al respecto.<sup>55</sup>

Sin embargo, algo distinto son las transferencias de atribuciones soberanas, en cuyo caso, ya no se está frente a una restricción de la soberanía, sino que en este caso el Estado admite que una determinada atribución soberana sea ejercida por otro sujeto

---

<sup>54</sup> LLANOS Mancilla, Hugo, Teoría y práctica del derecho internacional público. El Estado como sujeto de derecho internacional. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 147.

<sup>55</sup> MEDINA Quiroga, Cecilia - NASH Rojas, Claudio, Manual de Derecho Internacional de los derechos humanos. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, pág. 16-17.

del derecho internacional como las organizaciones internacionales.<sup>56</sup> Particularmente, y en el caso en estudio, nos referimos a una atribución concedida a un tribunal arbitral, quien adquiere la potestad de resolver controversias internas de países.

Lo anterior, explica Müller, se torna complejo desde el momento en que las organizaciones a las cuales se les transfieren atribuciones soberanas tienden a ampliar el ejercicio de las atribuciones delegadas por los Estados. Esto, es fruto de una interpretación finalista de sus tratados constitutivos, que va de la mano con la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos<sup>57</sup> y de la circunstancia de que “la organización tiene una voluntad propia y es, por tanto, una entidad distinta y separada de los Estados miembros”<sup>58</sup>. Ello ha traído como consecuencia que resulte complejo determinar en qué medida los Estados han transferido sus atribuciones.<sup>59</sup>

En esta materia, cabe precisar que autores como Sarooshi, destacan la necesidad de precisar los distintos tipos de transferencias de atribuciones soberanas que existirían. Al respecto, el autor distingue entre mandato, delegación y transferencia. Asimismo, indica que existen tres criterios que permiten diferenciar estos tres tipos de entregas, a saber: la irrevocabilidad, el control que conserva el Estado con respecto al ejercicio de los poderes entregados y si el Estado conserva el derecho a ejercer dichos poderes.<sup>60</sup>

Si bien esta materia aún se encuentra abierta a la discusión, el análisis realizado, nos permite entender y clarificar conceptualmente cómo los instrumentos internacionales, especialmente los tratados bilaterales de inversión, van transfiriendo atribuciones soberanas a organismos internacionales, y los Estados, a su vez, ceden parte de su soberanía, debido a la no regulación en los propios ordenamientos jurídicos

---

<sup>56</sup> GUZMÁN, Karl Müller. Op. Cit. Pág. 497.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ Illanes. Samuel. “El proceso de integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina. en *Ars Boni et Aequi*, 5 (2009)” [Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2-Fern%C3%A1ndez.pdf>, [Fecha de la consulta: 25 de marzo de 2019], pág. 45

<sup>58</sup> CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, “Soberanía de los Estados y Organizaciones Internacionales: una tensión dialéctica” España. Año 2007.

<sup>59</sup> SAROOSHI, Op. cit. pág. 69

<sup>60</sup> SAROOSHI, Op. Cit. Pág. 59 y siguientes.

nacionales, como también, sumidos en un concierto internacional de globalización de las relaciones comerciales, que como veremos, no siempre se encuentra ceñido estrictamente a los principios inspiradores del derecho internacional.

Finalmente, y de conformidad a lo señalado, ha sido posible determinar cómo, las atribuciones del Estado son transferidas a estos organismos internacionales (nuevos sujetos de derecho internacional) y cómo los Estados mediante la suscripción de estos tratados, transfieren sus propias atribuciones soberanas a un organismo externo de resolución de controversias, en desmedro de su propio ordenamiento jurídico.

#### 5. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, (CIADI) y diferencias con el sistema de la OMC.

En el marco del actual problema jurídico en estudio y a la luz de las definiciones analizadas, corresponde señalar que el principal organismo internacional que se atribuye y adquiere las atribuciones soberanas de los Estados Parte en la ratificación de estos tratados, es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. Dicha organización, es un organismo internacional creado a la luz del Banco Mundial, establecido en el año 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Asimismo, el Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional.<sup>61</sup>

Dicho instrumento, en palabras del profesor Pablo Tromben Reyes, experto en Derecho Comercial Internacional, constituye un canal de solución de controversias puesto a disposición de individuos y corporaciones nacionales de un Estado parte del

---

<sup>61</sup> CIADI, Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones. Acerca del Ciadi. [En línea] <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx> [Fecha de consulta: 29 de abril de 2019].

Convenio, para demandar a Estados soberanos, igualmente parte del Convenio, en caso de diferencias jurídicas relativas a inversiones en el país receptor (y no viceversa)<sup>62</sup>.

Cabe señalar que los arbitrajes de inversión ante el CIADI y las reglas procedimentales que los rigen, tienen ciertas particularidades que lo distinguen de otros medios o canales de solución de controversias, tales como el arbitraje ad-hoc o institucional bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL<sup>63</sup> y ciertamente respecto de los tribunales locales del país receptor de las inversiones, que lo constituyen como el foro preferido de los inversionistas extranjeros para reclamar en contra de los Estados receptores de sus inversiones.

Para acceder a la jurisdicción del CIADI, se requiere cumplir con tres requisitos:

(a) una diferencia de naturaleza jurídica (requisito de jurisdicción *ratione materiae*), la que debe surgir directamente de una inversión;

(b) entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante (requisito de jurisdicción *ratione personae*); y

(c) y que las partes hayan consentido por escrito en someter tal diferencia al conocimiento del Centro.<sup>64</sup>

De conformidad a lo señalado, el CIADI, viene a representar la mayor expresión del sistema de solución de controversias distinto al nacional, toda vez que recibe más de 50 demandas al año, de las cuales, el 64% de las diferencias entre inversionistas y Estados son decididas por tribunales constituidos dentro del organismo. De esas, el 45%

---

<sup>62</sup> TROMBEN REYES, Pablo, "Subus y Alsacia contra el Estado de Chile ante el CIADI" Idealex. press. Año 2016. [En línea] <http://idealex.press/opinion/columnas/subus-alsacia-ante-el-ciadi/> [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2019].

<sup>63</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, corresponde al órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 50 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

<sup>64</sup> TROMBEN Reyes, Pablo. 2016

dan lugar parcial o totalmente a las pretensiones de las empresas transnacionales, según información oficial del Centro.<sup>65</sup>

A raíz de lo anterior, diversas son las críticas de parte de algunos países miembros de la Convención, como también de organizaciones sociales, ya que los Estados se han visto gravemente afectados debido a las reiteradas demandas interpuestas en su contra por parte de los inversionistas, cuya sumas son millonarias<sup>66</sup>, y porque el sistema, cuya finalidad consistía en dotar a la comunidad internacional de una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los capitales de inversión internacional, lo que realmente pretende es brindar seguridad jurídica a favor de los inversores. Asimismo, y como se demostrará en esta investigación, su funcionamiento representa una privatización de la justicia y una pérdida de soberanía de los Estados.

En cuanto a su funcionamiento, cabe señalar que el CIADI, ayuda a constituir tribunales arbitrales que dirimen las controversias entre las empresas transnacionales y los Estados que forman parte de la Convención, y que aceptan voluntariamente someterse a ese procedimiento. Los Estados, al aceptar esta jurisdicción para dirimir conflictos de igual a igual con inversionistas extranjeros, renuncian a una prerrogativa fundamental de la soberanía nacional, como es la jurisdicción territorial de sus tribunales. Por su parte, el CIADI proporciona facilidades para la solución de controversias por medio de conciliación y arbitraje entre Estados miembros e inversionistas que puedan ser considerados como nacionales de otros Estados miembros.<sup>67</sup>

Por otra parte, cabe hacer presente que en el Anexo II del Acuerdo sobre la Organización Mundial de Comercio, OMC, se estructuró un sistema de solución de controversias interestatales, tendiente a que sean las propias partes, según se desprende de lo establecido en el artículo 3.7 de ese acuerdo: “El objetivo del mecanismo

---

<sup>65</sup> REDACCIÓN, Economía, “Países cuestionan el rol del Ciadi sobre arbitrajes en los TBI” Diario El Telégrafo. Año 2019. [En línea] <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/paises-cuestionan-el-rol-del-ciadi-sobre-arbitrajes-en-los-tbi>. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

<sup>66</sup> De los más recientes, podemos encontrar el caso de Honduras, país que recibió una demanda en 2018 por 1.000 USD por parte del Holding Inversiones Continental Panamá (ICP), representado por los abogados españoles “B. Cremades y Asociados”.

<sup>67</sup> CARRANZA Escobar, Ronald Eduardo y GARCÍA RUIZ, Sue Susaneth, Op. Cit. Pág. 21

de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados”<sup>68</sup>. Para ello, se fijó como requisito previo, la necesidad de que se entablen consultas, entre las partes, buscando que a través de estas negociaciones se pueda resolver la diferencia.

Si agotada esta primera fase de acercamiento entre las partes, no ha sido posible solucionar el conflicto, se establece una serie de mecanismos, dentro de plazos establecidos, para que se resuelva si la conducta impugnada por un Estado miembro importa una anulación o menoscabo de cualquiera de los acuerdos vinculantes a los países miembros de la OMC. El hecho de que se verifique que hay una medida, práctica u omisión atentatoria contra los compromisos y acuerdos de la OMC hace presumir el perjuicio o menoscabo para el Estado miembro acusador, lo que invierte la carga de la prueba en esta materia (art. 3.8 ESD)<sup>69</sup> ya que no es deber del Estado reclamante el demostrar el perjuicio que tal conducta está provocando en su economía, el solo incumplimiento de las normas de la OMC hace que el menoscabo se presuma.<sup>70</sup> Ahora bien, esta segunda fase, se inicia con la conformación de un Grupo Especial (o panel), formado en principio por tres integrantes, quienes serán los encargados de conocer el conflicto y buscar las bases de arreglo para él. El Grupo Especial, si es que no se ha llegado a acuerdo entre las partes, emitirá un Informe Preliminar, que puede ser objeto de observaciones por reclamante y reclamado, luego de cuyo reexamen emitirá su informe definitivo.

Cabe señalar que, además de este grupo especial, el marco jurídico establecido por la OMC estableció también un sistema de apelación a la solución por este emitida.

---

<sup>68</sup> GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional, en particular el régimen de sanciones establecidas en el marco de la Organización Mundial de Comercio, OMC. Derecho y Humanidades N°16, vol. 1, Universidad de Chile 2010. Pág. 191.

<sup>69</sup> Art. 3.8 del ESD: “En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda trasgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”

<sup>70</sup> GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, Op. Cit.. Pág. 193.

La apelación tiene la particularidad de que solo se limita a la objeción de asuntos de Derecho.<sup>71</sup>

En consecuencia, cabe señalar que el sistema de Entendimiento de Solución de Controversias de la Organización Mundial de Comercio, OMC, es diferente al formulado por otros mecanismos que regulan materias económicas internacionales, donde además de conminarse al Estado infractor a modificar su conducta, se da cabida a la imposición de una sanción pecuniaria. Un ejemplo de ello se da en el sistema de solución de controversias para problemas respecto a inversión extranjera, que sirven de marco para el CIADI<sup>72</sup>, toda vez que, dentro de él, se han dictaminado cuantiosas indemnizaciones a favor de inversionistas extranjeros.

Finalmente, es importante señalar que la naturaleza de uno y otro conflicto es diferente, ya que, el sistema de la OMC tiene como partes litigantes a dos Estados, mientras que el sistema contemplado en el CIADI apunta principalmente a que una persona natural o jurídica inversionista extranjero que vea vulnerados los derechos de que goza en esta condición, pueda acudir ante un tribunal internacional, para así tener una mayor imparcialidad a la hora de resolver el asunto, supuestos todos que no se dan en un conflicto interestatal.<sup>73</sup>

## 6. Privatización de la justicia y jueces arbitrales

De conformidad a lo señalado por el especialista en derecho internacional Juan Hernández Zubizarreta y a los antecedentes analizados en esta investigación, es posible afirmar que los tratados de libre comercio quiebran la soberanía de los Estados.<sup>74</sup> Lo

---

<sup>71</sup> Al respecto, el artículo 17.6 del ESD dispone: “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este”.

<sup>72</sup> MORALES, Joaquín. Solución Internacional de controversias en materia de inversiones CIADI o UNCITRAL, ¿Cuál camino escoger?, en: Jornadas de Derecho Internacional: 29 de noviembre a 2 de diciembre de 2004. Santiago, Organización de Estados Americanos y Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 2005. pp. 107-115.

<sup>73</sup> GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, Op. Cit. Pág. 202.

<sup>74</sup> Juan Hernández Zubizarreta es Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco, miembro del Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional e integrante del Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL).

anterior, según indica el autor en una entrevista para la Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadores Estatales, CLATE, el 25 de enero de 2016, los nuevos tratados de libre comercio (TLC) llevan a una privatización de la justicia y del poder legislativo. Esto, -según indica el autor ya que existe una gran cadena de dominación que posee distintos eslabones, uno de ellos lo constituyen los tratados de comercio e inversiones, otro las políticas del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de los bancos regionales, y por último, está en la propia lógica privatizadora de la Organización Mundial del Comercio y de los tribunales arbitrales.<sup>75</sup> De esta manera, según se afirma, estamos en presencia de una arquitectura jurídica de impunidad que funciona a través de normas internacionales que son coercitivas, imperativas y ejecutivas.

A modo de ejemplificar lo indicado en el párrafo anterior, cabe señalar que en el acuerdo suscrito entre EE.UU. y la Unión Europea (TTIP)<sup>76</sup> se estableció un “Consejo de Regulación”. Esto es, en el propio tratado se estableció un organismo de carácter administrativo, que estaría formado por representantes de comercio de EE.UU. y representantes de comercio de la Comisión Europea, que van a actuar como filtro regulatorio. Es decir, se procederá a hacer un análisis previo de carácter económico y jurídico sobre las decisiones soberanas de los parlamentos. Es un Consejo que va a tener secciones sectoriales, donde las corporaciones transnacionales van a poder hacer una “co-escritura de la legislación”. Esto es, la empresa transnacional no solo va a presionar, sino que va a coescribir legislación, que a su vez va a controlar lo que los parlamentos vayan a hacer.<sup>77</sup> Lo anterior, a modo referencial sobre una transferencia de soberanía consagrada expresamente en un instrumento internacional.

Ahora bien, corresponde señalar, que existe una interpretación unilateral del principio de seguridad jurídica<sup>78</sup>, toda vez que, si una empresa realiza un acto de comercio o un acto de inversión, es lógico que se le garantice una cierta seguridad jurídica. Pero hay que considerar que la seguridad jurídica no solamente puede ser un principio de defensa del capital y de las inversiones. Hay otra seguridad jurídica que es

---

<sup>75</sup> OMAL, Observatorio de Multinacionales en América Latina, Op. Cit. Pág. 3/5.

<sup>76</sup> Corresponde al denominado Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

<sup>77</sup> OMAL, Observatorio de Multinacionales en América Latina, Op. Cit. Pág. 3/5.

<sup>78</sup> Ibis. Pág. 4/5.

la que emana de los tratados internacionales de derechos humanos. Lo que puede ocurrir, es que a veces exista una colisión entre la seguridad jurídica de las inversiones y de los derechos humanos, sociales, medioambientales y culturales. Si se produce esta confrontación y este choque, son los tribunales nacionales los que deben dirimir los conflictos, en pura aplicación del derecho internacional y que normalmente las constituciones contemplan.

A juicio de Zubizarraeta, hay que volver en la doctrina jurídica latinoamericana a la doctrina Calvo<sup>79</sup>, y que sean los tribunales internos los que tengan la capacidad de aplicar las normas y, en su caso, si es que hay que crear un tribunal internacional, que no sea un tribunal arbitral. El jurista, señala ser partidario de un tribunal internacional que proteja los derechos económicos y sociales, donde una trasnacional, si considera que han vulnerado y violentado sus inversiones y si cree que el poder judicial del país donde ha invertido no le defiende, que pueda acercarse a este tribunal pero que no sea un tribunal privado, sino que un tribunal perteneciente al poder judicial que aplique el derecho de inversiones cruzado con el derecho internacional de derechos humanos.

Adelantándonos en la materia, cabe señalar que la mayoría de los Tratados de Libre Comercio que se celebran actualmente, contienen cláusulas de resolución de controversias, que otorgan competencia a un tribunal especial para resolver el conflicto.

Puntualmente, y respecto al Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Uruguay, Camila Montecinos, integrante de la organización Grain, la Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas (Anamuri) y parte de los grupos de apoyo de la Coordinadora Latinoamericana de Organizaciones Campesinas (CLOC) advierte que dicho tratado representa una pérdida de soberanía para Chile, ya que permite que el país sea llevado a un sistema de resolución de diferencias, es decir, un tribunal privado

---

<sup>79</sup> La Doctrina Calvo fue un principio de derecho internacional desarrollado por el diplomático y erudito jurídico argentino Carlos Calvo (1822–1906). La doctrina establece que la autoridad para resolver disputas internacionales sobre inversiones reside en el gobierno del país en el que se encuentra esa inversión. La doctrina se basaba en dos principios clave: la igualdad de los derechos de los inversionistas extranjeros y nacionales y la soberanía de los estados latinoamericanos. La doctrina se articuló por primera vez en el Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América. (Derecho internacional: Teoría y práctica en Europa y América), publicado en París en 1868. Irónicamente, desarrolló la doctrina en gran parte en respuesta a la aventura imperialista de Francia en México (1861–1867), que indignó a los intelectuales panamericanistas en toda la región.

y extranjero. Asimismo, indica que desde hace tiempo los TLCs traspasaron la barrera de lo meramente comercial para ser, más que nada, tratados que protegen y dan garantía a los inversores extranjeros.<sup>80</sup>

## 7. Sobre la Jurisdicción Universal

Sobre la transferencia de soberanía en estudio y lo mencionado sobre la facultad jurisdiccional consagrada en nuestra carta fundamental, cabe hacer referencia también, para fines de la presente investigación, la diferencia que existe entre la situación en análisis y aquella jurisdicción concedida a las cortes internacionales en materia de derechos humanos.

Al respecto, dicha situación dice relación con el denominado principio de jurisdicción universal, el que suele definirse como un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima<sup>81</sup>.

Dicho principio, como mecanismo de protección de los derechos humanos, tiene su origen a lo largo de la historia, especialmente, luego de la II Guerra Mundial, cuando la idea de luchar contra la impunidad ante los crímenes cometidos comienza a desarrollarse de manera efectiva, mediante la creación, fruto de la cooperación entre los Estados, de instrumentos de ámbito tanto universal como regional para garantizar una mayor protección de los Derechos Humanos.

En este sentido, se fueron creando mecanismos convencionales de protección o garantía de los DDHH de ámbito universal y regional. A nivel universal, y a modo de ejemplo, cabe citar la Carta de la Organización de Naciones Unidas, ONU, concretamente su artículo 1.3, donde entre sus propósitos está “el desarrollo y estímulo

---

<sup>80</sup> MUÑOZ, Dayana, Senador Juan Ignacio Latorre: “Con los TLCs hay una pérdida de soberanía del Estado respecto a las empresas transnacionales” [En línea] <https://chilemejorsintlc.cl/senador-juan-ignacio-latorre-con-los-tlcs-hay-una-perdida-de-soberania-del-estado-respecto-a-las-empresas-transnacionales/> Chile Mejor Sin TLC. Fecha: 06 de agosto de 2018. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

<sup>81</sup> PHILIPPE, Xavier, Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión. International Review. 2006 [En línea] <[https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc\\_862\\_philippe.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf)> [Consulta: 15 de marzo de 2019].

del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”<sup>82</sup>

Ahora bien, se ha afirmado que este principio igualmente menoscaba las normas ordinarias de jurisdicción penal que exigen una relación territorial o personal con el crimen, el perpetrador o la víctima<sup>83</sup>. Pero la lógica subyacente es más amplia: “se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y la nacionalidad del autor o de la víctima”<sup>84</sup>. La jurisdicción universal permite el enjuiciamiento de crímenes internacionales<sup>85</sup> cometidos por cualquier persona, donde quiera que sea. Dos ideas importantes suelen justificar esta excepción. En primer lugar, ciertos crímenes son tan graves que atentan contra toda la comunidad internacional. En segundo lugar, no deben existir tablas de salvación para quienes los han cometido. Si bien estas justificaciones pueden parecer poco realistas, explican claramente por qué la comunidad internacional, a través de todos sus integrantes – Estados u organizaciones internacionales– debe intervenir enjuiciando y castigando a los perpetradores de esos crímenes. La jurisdicción universal es un asunto de interés para todos.<sup>86</sup>

No obstante, la definición y alcance de este principio es todavía motivo de debates en la comunidad internacional. Sus pretendidos límites conceptuales trascienden lo

---

<sup>82</sup> Carta de la ONU, de 26 de junio de 1945. Cabe remarcar también la importancia del Preámbulo y de los artículos 13.1 b), 55 c), 62.2, 73 y 76 de la misma.

<sup>83</sup> Xavier Philippe ha señalado que la relación territorial ha sido superada paulatinamente por dos criterios que permiten la jurisdicción extraterritorial, como la jurisdicción sobre crímenes cometidos fuera del territorio por nacionales del Estado (jurisdicción de personalidad activa) o crímenes cometidos contra los nacionales del Estado (jurisdicción de personalidad pasiva). Esta última posibilidad ha sido cuestionada por algunos Estados.

<sup>84</sup> ROBINSON, Mary, Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, Anexo, Doc. A/ 56/677 de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Tema 164 del programa, Establecimiento de la Corte Penal Internacional. Pág. 8.

<sup>85</sup> Los crímenes internacionales no están definidos con precisión. Son crímenes que, según reconoce el derecho internacional, pueden ser sancionados por cualquier país.

<sup>86</sup> PHILIPPE, Xavier. Op. Cit. Pág. 4.

meramente definitorio en tanto se extienden a cuestiones relativas a política internacional, soberanía y diplomacia<sup>87</sup>.

Por otra parte, corresponde señalar que son los Estados los encargados de concretar el alcance de la jurisdicción universal y, por tanto, su grado de implementación dependerá, en gran parte, de la voluntad política del Estado en cuestión. Por ejemplo, en Venezuela se fundamenta en el Código Penal (art. 4.9), en Senegal en la Ley Procesal Penal (art. 669), en Bulgaria en el Código Penal (arts. 6 y 416), en Países Bajos en la Ley de Crímenes Internacionales de 2003, en China en el Código Penal de Macao (art. 5), en Argentina en la Constitución Nacional de 1994 (art. 118), en España en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 23.4), etc.<sup>88</sup> Nuestro país, en su carta fundamental consagra, en el artículo 5° inciso 2°<sup>89</sup>, lo siguiente:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

Asimismo, no existe una regulación homogénea sobre cuáles son los delitos que se vinculan a la jurisdicción universal, y por consiguiente, cada Estado, generalmente en función de sus diversos criterios de oportunidad política, es el que determina en su legislación interna qué delitos quiere incluir. Esto conlleva como resultado que muchas veces no se da la adecuada protección de los DDHH.

Atendido lo anterior, es posible afirmar que la jurisdicción universal se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario que otorga a los Estados la

---

<sup>87</sup> LAGOS ERAZO, Jaime, El ‘Caso Pinochet’ ante las Cortes Británicas. Editorial Jurídica de Chile, Pág. 23 - 26.

<sup>88</sup> ROBLES CASTILLO, Margarita, El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución. Revista Española de Derecho Internacional. 2014, pág. 99.

<sup>89</sup> Inciso modificado por el artículo único, N° 1 de la ley de Reforma Constitucional N° 18.825. Ver, además, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Decreto N° 778, D.O. 29 de abril de 1989; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Decreto N° 326, D.O. 27 de mayo de 1989; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Decreto N° 873, D.O. 5 de enero de 1991).

competencia para perseguir determinados hechos cometidos por cualquier persona (nacionales, extranjeros o apátridas), tanto dentro como fuera del territorio estatal. Por tanto, todo tribunal estatal puede ejercer su jurisdicción en representación de la Comunidad Internacional por la comisión de determinados crímenes considerados graves por el derecho consuetudinario, debido a que estos traspasan las fronteras, superan la soberanía nacional y, por tanto, tienen que ser perseguidos con una lógica supranacional. Así, la jurisdicción universal supone un paso más respecto de la mera cooperación entre Estados para la persecución de ciertas violaciones de los DDHH.<sup>90</sup>

Finalmente, y como se ha analizado en los párrafos precedentes, la jurisdicción en comento y su formulación en la doctrina nacional e internacional, así como su origen y funcionamiento en el marco de las distintas legislaciones a nivel mundial, obedece a una lógica humanitaria que los Estados, por solo hecho de ser tales, han asumido como miembros naturales de la comunidad internacional.

Atendido lo anterior, dicha atribución soberana (jurisdiccional) que los Estados delegan a las cortes internacionales en materia de derechos humanos, reconocida de diversas maneras por los Estados de la comunidad internacional, no se condice con lo lógico global de mercantilización que inspira a los tratados de libre comercio y el objeto privatizador de la justicia que buscan mediante sus sistemas de solución de controversias, toda vez que, como señalamos, dichos instrumentos buscan principalmente dar seguridad a los inversionistas frente a los Estados, y en cuyo caso, la atribución soberana que adquieren nace y se hace efectiva para dichos fines.

#### 8. Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico, TTP-11

Actualmente, y en el marco del mismo proceso global de proliferación de tratados de libre comercio a nivel regional, Chile se encuentra nuevamente en un proceso de aprobación, esta vez, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), también llamado TPP-11, suscrito por los siguientes países: Brunéi, Chile, Nueva Zelanda, Singapur, Australia, Canadá, Estados Unidos

---

<sup>90</sup> TORRICO, Tania Valenzuela, Aspectos actuales de la jurisdicción universal: especial referencia a la “decapitación” de la misma por parte del estado español, Trabajo de Fin de Grado de Relaciones Laborales, Universidad de Barcelona, Año 2017. Pág. 7 – 8.

(posteriormente se retiró), Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam, el que entró en vigencia el 30 de diciembre de 2018, pero sin embargo, Chile aún no lo ha ratificado, y ha sido recientemente rechazado en las comisiones de Trabajo y Agricultura de la Cámara de Diputados.

Cabe señalar que, en marzo de 2017, en el marco del Diálogo de Alto Nivel convocado por Chile y celebrado en Viña del Mar, comienzan las primeras tratativas entre los 11 restantes signatarios del TPP tras la salida de Estados Unidos. De esta manera y de acuerdo a lo informado por la DIRECON, luego de un proceso de negociaciones, en noviembre de 2017, los 11 países alcanzan un acuerdo respecto a los principios básicos del nuevo tratado. Este acuerdo incluye un listado de disposiciones del TPP original que quedan suspendidas o sin aplicación entre los 11 países y establece la incorporación por referencia de todo el contenido del TPP original. En este contexto, se acuerda también un nuevo nombre para el acuerdo, Comprehensive and Progressive Agreement for the Transpacific Partnership (CPTPP).<sup>91</sup>

Entrando en materia, cabe señalar que dicho tratado, al igual que el instrumento en estudio, establece para los inversionistas la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales para demandar al Estado. Además, incluye una amplia gama de materias que va a hacer extremadamente difícil mejorar nuestra protección al medioambiente; civilizar lo laboral; afinar la regulación de las finanzas, tanto las que operan en el país, como a los capitales especulativos internacionales; implementar controles de capital, recuperar nuestro derecho de propiedad sobre las rentas de nuestras materias primas; implementar algo de reingeniería en nuestra política económica, o implementar cambios en tantos otros aspectos de nuestra vida económica.<sup>92</sup>

En este tratado, volvemos nuevamente al mismo conflicto descrito, ya que, ante la suscripción de este tipo de instrumentos, surge la pregunta: ¿Qué pasaría mañana, un gobierno decide hacer algo de verdad respecto de los salarios, y resuelve, por ejemplo, subir en forma ordenada el salario mínimo? De acuerdo a lo señalado por

---

<sup>91</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), [En línea] <https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/> [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

<sup>92</sup> PALMA, José Gabriel, “El TPP-11, El gobierno saliente y la “utopía-invertida” CIPER Chile, Año 2018, [En línea] <https://ciperchile.cl/2018/03/09/el-tpp-11-el-gobierno-saliente-y-la-utopia-invertida/> [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2019].

Gabriel Palma, naturalmente, las empresas inversionistas podrían recurrir ante las cortes internacionales.<sup>93</sup>

Asimismo, y a modo de ejemplo, si a una empresa trasnacional se le niega el permiso para llevar adelante un proyecto, atendido que el Estado resuelve que su ejecución produce graves daños medioambientales, esta empresa podría directamente recurrir a tribunales internacionales, y a su vez, pedir compensación por las utilidades que podría haber ganado si se le hubiese autorizado seguir adelante.

Cabe señalar que Chile tiene tratados de libre comercio con todos los países integrantes del TPP – 11, por lo que los aranceles aplicables al intercambio comercial actualmente ya son muy bajos, lo que demuestra que el verdadero interés de suscribir este instrumento, radica en la seguridad que algunas cláusulas de protección le darán a los inversionistas, como es el caso del Artículo 28 del TPP – 11, referido al Sistema de Solución de Controversias, que al igual que el tratado en estudio, faculta a una de las Partes a demandar al Estado cuando estime que se presenta alguno de los supuestos señalados en el Artículo 28.3<sup>94</sup> del tratado.

Finalmente, si bien es cierto que estos mecanismos de arbitraje ya existen para las inversiones hacia Chile en virtud de otros TLC firmados, con el actual TPP – 11, se extiende la jurisdicción de los árbitros a las inversiones provenientes de más países (Brunéi, Nueva Zelanda, Singapur, Vietnam, y Malasia). Así, el TPP- 11 amentará el efecto disuasivo de los inversionistas contar el Estado, limitando cambios regulatorios

---

<sup>93</sup> PALMA, José Gabriel, Op. Cit.

<sup>94</sup> TRATADO INTEGRAL Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (CPTPP). Artículo 28.3: Ámbito de Aplicación 1. A menos que se disponga algo diferente en este Tratado, las disposiciones de solución de controversias de este Capítulo se aplicarán: (a) con respecto a la prevención o solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o aplicación de este Tratado; (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación de este Tratado o que la otra Parte ha incumplido de alguna otra manera con una obligación de este Tratado; o (c) cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir conforme al Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado), al Capítulo 3 (Reglas de Origen y Procedimientos Relacionados con el Origen), al Capítulo 4 (Mercancías Textiles y Prendas de Vestir), al Capítulo 5 (Administración Aduanera y Facilitación de Comercio), al Capítulo 8 (Obstáculos Técnicos al Comercio), al Capítulo 10 (Comercio Transfronterizo de Servicios) o al Capítulo 15 (Contratación Pública), está siendo anulado o menoscabado como resultado de la aplicación de una medida de la otra Parte que no es incompatible con este Tratado.

necesarios para Chile<sup>95</sup>, limitando el poder del Estado frente a temáticas esenciales del país, afectando nuevamente el ejercicio de la soberanía.

---

<sup>95</sup> HASSAN, AKRAM, Tres razones para oponerse al TPP-11, Diario El Desconcierto, 20 de diciembre de 2018. [En línea] <<https://www.eldesconcierto.cl/2018/12/20/tres-razones-para-oponerse-al-tpp-11/>> [Fecha de consulta: 18 de abril de 2019].

### CAPITULO III

Artículo 18.2 letra c) del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Uruguay, aprobado por el Congreso Nacional de Chile

1. Interpretación y análisis del Artículo 18.2 letra c) del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Uruguay.

El Capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio en análisis, se refiere exclusivamente a la solución de diferencias que se pudieran suscitar en el marco de dicho tratado. Sin embargo, este capítulo no se aparta de los que normalmente figura en cualquier tratado de este tipo, por lo que corresponde referirse a él como un texto administrativo y estándar en materia de tratados de libre comercio.

En concreto, el artículo 18.1 del Tratado, establece en sus Disposiciones Generales, lo siguiente:

*“1. Las Partes procurarán llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del presente Acuerdo y realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.*

*2. El presente Capítulo busca proporcionar un efectivo, eficiente y transparente proceso de solución de diferencias entre las Partes en lo que respecta a sus derechos y obligaciones previstos en el presente Acuerdo.”<sup>96</sup>*

Estas disposiciones, como se indicó más arriba, no se apartan de lo que normalmente figura en cualquier tratado de este tipo, toda vez que constituyen una declaración de buenas intenciones de ambas partes, y buscan, proporcionar un procedimiento eficiente para solucionar eventuales conflictos entre las partes.

---

<sup>96</sup> ARTÍCULO 18.1 DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y LA REPÚBLICA DE CHILE DEL AÑO 2016.

Sin embargo, el numeral 2 de dicho artículo, al establecer el ámbito de aplicación del mecanismo de solución de conflictos establecido, dispone lo siguiente:

*Artículo 18.2: Ámbito de aplicación 1. Salvo que en el presente Acuerdo se disponga algo distinto, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán a la prevención o solución de cualquier diferencia que surja entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo o cuando una Parte considere que:*

*(a) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte es o pudiera ser incompatible con las obligaciones previstas en el presente Acuerdo;*

*(b) La otra Parte ha incumplido de alguna otra manera las obligaciones previstas en el presente Acuerdo, o*

*(c) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del presente Acuerdo, conforme al Anexo 18.2.<sup>97</sup>*

De lo transcrito en el párrafo anterior, es posible deducir que el ámbito de aplicación del sistema de solución de controversias establecido en el acuerdo, se hace efectivo para la Parte demandante, frente la concurrencia real de aquellas situaciones allí enumeradas taxativamente, lo que significa, que si un Estado lleva a cabo alguna de estas conductas, o bien, tiene la intención hacerlo (...o en proyecto de la otra Parte) queda sujeto a que una empresa inversionista interponga eventualmente una demanda en su contra.

Ahora bien, dentro de dicha enumeración taxativa, resulta de especial relevancia determinar lo dispuesto en la letra c)<sup>98</sup> de dicha norma, toda vez que se refiere a una medida vigente o un incluso un proyecto de la otra Parte, lo que significa, en la práctica,

---

<sup>97</sup> ARTÍCULO 18.2 DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y LA REPÚBLICA DE CHILE EL AÑO 2016.

<sup>98</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE CHILE Y URUGUAY EL AÑO 2016. Artículo 18.2 Letra (c) "Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del presente Acuerdo, conforme al Anexo 18.2".

que un Estado podría verse expuesto a una demanda, por el solo hecho de presentar o tener en elaboración un proyecto que, a juicio del inversionista, cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del Acuerdo. Esto, de conformidad al Anexo 18.2.

Lo señalado, considerando el ejercicio democrático del poder político de un Estado de Derecho, viene a extremar la aplicación del mecanismo de solución de controversias establecido, incluso ante la presentación de alguna medida o proyecto que ni siquiera ha entrado en vigencia, exponiendo y dejando al Estado en una situación de alta vulnerabilidad de ser demandado o sometido a consultas, y más aún, dejando la resolución del eventual conflicto en manos de un tribunal arbitral externo, lo que involucra una pérdida de soberanía de ese Estado.

En ese sentido, dicho numeral c), del artículo 18.2. se refiere expresamente a algún beneficio que el inversionista “pudo” “razonablemente” haber esperado recibir, dejando abierto, a su favor, la determinación de la cuantía del probable daño que podría haber sufrido a causa del acto del Estado, lo que permitirá al inversor demandar a su favor una considerable suma de dinero en contra del Estado, a título de indemnización por el daño que, a su juicio, le ha causado o podría haber causado la conducta estatal.

Como se indicó anteriormente, la letra c) del artículo en estudio, hace referencia al Anexo N°18.2<sup>99</sup> del tratado, el que dispone lo siguiente:

*“Una parte podrá recurrir al mecanismo de solución de diferencias del presente Capítulo cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el presente*

---

<sup>99</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE CHILE Y URUGUAY EL AÑO 2016. Anexo 18.2 ANULACIÓN O MENOSCABO Una Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de diferencias del presente Capítulo cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el presente Acuerdo, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de los siguientes Capítulos: 1. Comercio de Bienes. 2. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 3. Obstáculos Técnicos al Comercio. 4. Comercio Transfronterizo de Servicios

*Acuerdo, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de los siguientes Capítulos:*

1. *Comercio de Bienes.*
2. *Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.*
3. *Obstáculos Técnicos al Comercio.*
4. *Comercio Transfronterizo de Servicios.”*

De conformidad a lo dispuesto en el Anexo, el tratado otorga a los inversionistas un listado de materias sobre las que puede evaluar si existe una posible afectación a sus intereses a causa de una medida estatal. Así, el mismo instrumento enumera los capítulos del tratado que están especialmente resguardados por el mecanismo, y que el Estado no puede afectar en el ejercicio de sus atribuciones, toda vez que si lo hace, legitima automáticamente a los inversionistas a proceder de acuerdo a las dispersiones del Capítulo 18 del acuerdo.

En consecuencia, el numeral c) de dicho artículo, adquiere especial relevancia en el estudio, toda vez que se encarga de expresar, textualmente, que dicho sistema de resolución de controversias se puede hacer efectivo por una Parte, ante la existencia de una medida vigente o en proyecto de la otra Parte, que anule o menoscabe los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir, haciendo referencia a su vez a los capítulos del tratado que no pueden ser afectados, indicados en el Anexo 18.2.

2. Etapas del mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado.

A fin de obtener mayor claridad sobre el procedimiento establecido en el tratado, corresponde analizar los pasos contenidos en dicho artículo, y que conforman el sistema de solución de controversias aprobados por los Estados.

El mecanismo establecido en el acuerdo, consta de tres etapas: 1) Las consultas<sup>100</sup>, 2) La intervención de la Comisión de Libre Comercio<sup>101</sup> y el Arbitraje<sup>102</sup>. Sin

---

<sup>100</sup> El procedimiento de Consultas se encuentra consagrado en el Artículo 18.4 del tratado.

<sup>101</sup> De acuerdo a lo señalado en el tratado, “Comisión” significa la Comisión de Libre Comercio establecida conforme al Artículo 17.1 (Comisión de Libre Comercio);

<sup>102</sup> El procedimiento se encuentra consagrado en el Artículo 18.5 del tratado.

perjuicio de ello, las Partes podrán, en cualquier momento, acordar la utilización de medios alternativos de solución de diferencias, tales como los buenos oficios, la conciliación o la mediación<sup>103</sup>.

## 2.1 Consultas

El señalado artículo 18.4, relativo a las Consultas, dispone que cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a la otra, la celebración de consultas respecto de cualquier asunto a los que hace referencia el Artículo 18.2<sup>104</sup>. La Parte consultante entregará la solicitud a la otra, explicando las razones de su solicitud, incluida la identificación de la medida en cuestión y la indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. Asimismo, dicha consultas deben entablarse de buena fe.

Posteriormente, la Parte consultada responderá por escrito la solicitud de consultas dentro de los 10 días siguientes a la recepción de esta, salvo que las Partes acuerden un plazo distinto. Estas se llevarán a cabo dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, salvo que las Partes acuerden un plazo distinto. Lo anterior, sin perjuicio de los casos de urgencia, tales como los relativos a los bienes perecederos, en cuyo caso las consultas se llevarán a cabo dentro de los 15 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, salvo que las Partes acuerden un plazo distinto.

Agrega dicho instrumento, que la Parte consultada asegurará una atención expedita y oportuna de las consultas formuladas, incluyendo la participación de sus autoridades competentes u otras entidades reguladoras que tengan conocimiento técnico del asunto objeto de tales consultas. Asimismo, indica que las Partes harán todos

---

<sup>103</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE CHILE Y URUGUAY EL AÑO 2016. Artículo 18.20. Buenos oficios, conciliación y mediación.

<sup>104</sup> Las medidas señala son: (a) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte es o pudiera ser incompatible con las obligaciones previstas en el presente Acuerdo; (b) La otra Parte ha incumplido de alguna otra manera las obligaciones previstas en el presente Acuerdo, o (c) Una medida vigente o en proyecto de la otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del presente Acuerdo, conforme al Anexo 18.2

los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto sometido a consultas.

Para los efectos antes señalados, dicha norma dispone las siguientes obligaciones para las partes: (a) Aportar información suficiente que permita un examen completo de la medida o asunto objeto de las consultas, y (b) Dar la información confidencial o reservada, recibida durante las consultas, el mismo tratamiento que le otorga la Parte que la haya proporcionado.

Finalmente, se indica que las consultas serán confidenciales y se realizarán de manera presencial o mediante cualquier medio tecnológico acordado por las Partes. En caso que las consultas se realicen de manera presencial, éstas deberán efectuarse en el territorio de la Parte consultada, salvo que las Partes acuerden algo distinto.

## 2.2. Comisión de Libre Comercio

De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 15.5 del tratado, si el asunto no se resuelve en las consultas, cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito la intervención de la Comisión de Libre Comercio<sup>105</sup> en los siguientes casos: (a) La Parte consultada no responde a la solicitud de consultas de conformidad con el Artículo 18.4.2, o (b) El asunto objeto de las consultas no se ha resuelto de conformidad con los plazos establecidos en los Artículos 18.4.4<sup>106</sup> o 18.4.5<sup>107</sup>, según corresponda.

De esta manera, la Parte consultante entregará a la Parte consultada la solicitud referida, explicando las razones de su solicitud, incluida la identificación de la medida en cuestión y la indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. Para estos

---

<sup>105</sup> De conformidad a lo dispuesto en el artículo 17.1 del Tratado, la Comisión de Libre Comercio estará integrada por los funcionarios gubernamentales de alto nivel de cada Parte referidos en el Anexo 17.1.1, o por quienes éstos designen, y será presidida sucesivamente por cada Parte.

<sup>106</sup> Dicha norma establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5, las consultas se llevarán a cabo dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, salvo que las Partes acuerden un plazo distinto”.

<sup>107</sup> Dicha norma dispone que, en casos de urgencia, tales como los relativos a los bienes perecederos, las consultas se llevarán a cabo dentro de los 15 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, salvo que las Partes acuerden un plazo distinto.

efectos, y salvo que se acuerde un plazo distinto, la Comisión deberá reunirse dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud y procurará alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto objeto de las consultas dentro de los 30 días siguientes

Con este fin de lograr su objetivo, y de acuerdo al artículo 18.2 del tratado, la Comisión podrá: (a) Convocar a asesores técnicos o crear los grupos de trabajo en la materia que considere necesarios; (b) Recurrir a los buenos oficios, la conciliación o la mediación o a otros medios alternativos para la solución de diferencias, o (c) Formular recomendaciones.

### 2.3. Establecimiento de un tribunal arbitral

Si la controversia continúa sin ser resuelta, la Parte reclamante podrá solicitar por escrito el establecimiento de un tribunal arbitral, el que estará compuesto por tres árbitros. Este tribunal emitirá un proyecto de laudo y, posteriormente, un laudo que será definitivo y obligatorio para las Partes.

Así, y de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 18.6 del tratado, la Parte reclamante podrá solicitar a la reclamada el establecimiento de un tribunal arbitral, en los siguientes casos: (a) La Comisión no se hubiere reunido dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud de intervención, o dentro de otro plazo que hayan acordado las Partes, de conformidad con el Artículo 18.5.3; (b) El asunto no haya sido resuelto dentro de los 30 días siguientes a la reunión de la Comisión, de conformidad con el Artículo 18.5.3; (c) Se hayan acumulado dos o más procedimientos conforme al Artículo 18.5.4 y el asunto no haya sido resuelto dentro de los 30 días siguientes a la reunión de la Comisión en el procedimiento más reciente que haya sido acumulado, o (d) El asunto no haya sido resuelto dentro de cualquier otro plazo que las Partes hayan acordado.

Asimismo, en la solicitud de establecimiento de un tribunal arbitral, la Parte reclamante indicará las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida u otro asunto en cuestión y la indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

Agrega, que no se podrá solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral para examinar una medida en proyecto.

En cuanto a los términos de referencia del tribunal arbitral, el Artículo 18.7, establece que estos serán: “Examinar, de manera objetiva y a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo, el asunto al que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral y formular conclusiones, resoluciones y recomendaciones conforme a lo dispuesto en los Artículos 18.12 y 18.13.”

Si las Partes en la diferencia no llegan a un acuerdo sobre el cumplimiento del laudo o a una solución mutuamente satisfactoria de la diferencia, éstas iniciarán, a solicitud de la Parte reclamante, negociaciones con miras a establecer una compensación mutuamente aceptable; o bien, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios y otras obligaciones equivalentes previstas en el Acuerdo a dicha Parte reclamada, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo. El nivel de la suspensión será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.

Cabe señalar que el N°2<sup>108</sup> de dicho artículo, indica que, sobre las medidas en proyecto a las que se hace referencia en los subpárrafos (a) o (c) del párrafo 1, solo podrán ser invocadas para solicitar la celebración de consultas a que se refiere el Artículo 18.4 y para la intervención de la Comisión a que se refiere el Artículo 18.5.

Por otra parte, la comisión de relaciones internacionales de la Cámara de Senadores de la República Oriental de Uruguay, en el mensaje del proyecto de ley que aprueba el Acuerdo<sup>109</sup>, señaló que, una vez surgida una diferencia, la parte reclamante tiene dos opciones: a) recurrir al Tribunal Arbitral previsto en el presente Acuerdo o en cualquier otro acuerdo comercial del que Uruguay y Chile sean Parte, o b) recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC. La elección de uno de estos foros, será

---

<sup>108</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE CHILE Y URUGUAY EL AÑO 2016. Artículo 18.2.2. Para mayor certeza, las medidas en proyecto a las que se hace referencia en los subpárrafos (a) o (c) del párrafo 1, podrán ser invocadas únicamente para solicitar la celebración de consultas a que se refiere el Artículo 18.4 y para la intervención de la Comisión a que se refiere el Artículo 18.5.

<sup>109</sup> ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA OIENTA DEL URUGUAY Y LA REPÚBLCIA DE CHILE. Aprobación. Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay. Carpeta N°749 de 2017, Julio de 2018.

excluyente del otro. Es decir, si una de las partes elige ir a la OMC, esa elección es definitiva e inhabilita a la parte a recurrir a un Tribunal Arbitral.

Posteriormente, indica esa misma comisión, es importante destacar que, bajo circunstancias normales, la vía utilizada para solucionar una controversia en el ámbito bilateral siempre es la del Tribunal Arbitral. Esto, ha quedado de manifiesto en la importancia que ha ido adquiriendo el CIADI como centro de resolución de controversias y, además, porque como vimos anteriormente, su presencia para conformar tribunales arbitrales ante los litigios se ha visto en aumento durante las últimas décadas.

Sin embargo, la comisión también señaló que, con el fin de evitar confusiones, solamente se utiliza el sistema de la Organización Mundial del Comercio, OMC, cuando se presenta una situación de tal excepción que el Tribunal Arbitral no puede brindar las garantías necesarias del debido proceso. Los pasos del sistema de la OMC son: i) Consultas de buena fe; ii) Buenos oficios, conciliación y mediación, siempre que las partes así lo acuerden en la diferencia; iii) Conformación de un Grupo Especial; iv) Posibilidad de recurrir ante el Órgano de Apelación; y v) En caso de incumplimiento del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, se podrá solicitar una compensación o aplicar la suspensión de concesiones. Lo anterior, demuestra que la posibilidad de recurrir al CIADI es la regla general, siendo la OMC solo la instancia excepcional para recurrir.

## CAPITULO IV

### Análisis de casos relevantes

#### 1. Alsacia y Express contra Chile

##### a) Origen del caso

Los hermanos Carlos Mario y Francisco Javier Ríos Velilla, controladores de dos de las principales empresas operadoras del Transantiago<sup>110</sup>, Alsacia y Express Santiago Uno, el día 26 de mayo de 2017, presentaron ante el CIADI una solicitud de arbitraje en contra del Estado de Chile, alegando la violación de algunas disposiciones del capítulo de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio suscrito por Chile y Colombia<sup>111</sup>. Dentro de las alegaciones, acusan el incumplimiento de los contratos de concesión de operación para las Unidades 1 y 4 del sistema de transportes.

Esta disputa, que se inició originalmente el año 2016, vio algunos acercamientos entre los hermanos Carlos y Javier Ríos Velilla, dueños de la sociedad *Global Public System* - controladoras del 99% de ambas concesionarias - y la Cancillería, en la instancia de buenos oficios que se extendió por 180 días y, que finalmente culminó en marzo pasado sin acuerdo.<sup>112</sup>

Según han acusado las operadoras colombianas, uno de los grandes problemas de los contratos fue la sobrestimación de la demanda de ingresos de la concesión, los que no se ajustaron a la realidad. También, han argumentado que los programas de operación diseñados eran imposibles de cumplir, dado que la flota necesaria para su

---

<sup>110</sup>110 Hoy denominado Red (Red Metropolitana de Movilidad), pero hasta marzo del año 2019, su nombre era Transantiago, y corresponde al sistema de transporte público urbano que opera en el área metropolitana de la ciudad de Santiago.

<sup>111</sup> Específicamente, amparándose en el artículo 16.2 letra c) del Capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Colombia, el 27 de noviembre del 2006, se firmó el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre Chile y Colombia, documento que incorporó capítulos de Servicios, Inversiones y Compras Públicas.

<sup>112</sup> EL QUINTO PODER, Transantiago: Alsacia y Express demandan a Estado chileno ante el Ciadi, [En línea] <<http://www.nuevopoder.cl/transantiago-alsacia-y-express-demandan-a-estado-chileno-ante-el-ciadi/>> [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019].

operación fue mayor a la contratada por la autoridad, acusando la falta de unos 50 buses para cubrir su zona de concesión. Lo anterior, provocó que la compañía registrara bajos indicadores en sus planes de cumplimiento, afectando sus ingresos con las multas impuestas. Otro punto que han cuestionado es la falta de infraestructura comprometida por el gobierno y la alta evasión. La autoridad, en cambio, en varias oportunidades ha acusado a las empresas de mala gestión, considerando que son las que cuentan con el más alto pago por pasajero transportado de todo el sistema<sup>113</sup>. Lo anterior, ha generado que actualmente el Estado de Chile se vea obligado a contratar a un abogado experto en la materia, como también, a verse expuesto a una posible condena internacional a raíz de la demanda interpuesta en su contra.<sup>114</sup>

#### b) Demanda

La empresa, acusa que los nuevos contratos de concesión firmados en 2011 - es decir, durante la administración pasada del Presidente Sebastián Piñera - le ocasionaron daños económicos, responsabilizando de esto al cambio en las reglas y a medidas que el Estado de Chile adoptó entonces. Ello llevó a la empresa a acudir al CIADI, instancia que dirime conflictos entre estados y privados. Pero el Estado de Chile en su respuesta, elaborada por el estudio Arnods & Partners - y que tiene 568 páginas - planteó que Alsacia y Express fracasaron exclusivamente como consecuencia de sus propias deficiencias como entidades comerciales, incluyendo decisiones estratégicas que califica de “profundamente desacertadas” que serían la primera causa de que hoy el valor de la inversión de la firma sea nulo.<sup>115</sup> Asimismo, indicaron que la manera en la que Alsacia y Express estructuraron financieramente su negocio ha tenido un impacto adverso decisivo en su viabilidad económica y, consecuentemente, en el valor de la inversión.

---

<sup>114</sup> EL QUINTO PODER, Op. Cit.

<sup>115</sup> CABELLO, Claudia, “Chile responde al Ciadi por demanda de Alsacia y la acusa de financiar a empresas relacionadas” [en línea] La Tercera en Internet, 06 de julio de 2018. <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-responde-al-ciadi-demanda-alsacia-la-acusa-financiar-empresas-relacionadas/234203/>> [Fecha de consulta 11 de abril de 2019]

Los demandantes, en su presentación, indicaron que el grave perjuicio económico para sus sociedades que operaron en Chile se debió al incumplimiento por parte de los gobiernos de cada una de las obligaciones pactadas bajo el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre nuestro país y Colombia. También agregaron que los problemas generados en la administración se debieron a responsabilidad de las autoridades puesto que fueron cambiadas las planificaciones de los contratos del Transantiago que impactaron en sus operaciones financieras. Argumentan, los abogados franceses, que Chile no cumplió con la promesa de mejorar la infraestructura para operar los buses, descontrol de la evasión, actos de vandalismo, eventual discriminación para favorecer a empresas nacionales, como por ejemplo quitarles servicios y no permitirles renovar la flota de buses, sumado a otro punto que es un eventual daño reputacional.<sup>116</sup>

En ese sentido y de acuerdo a lo informado por la DIRECON, el día 9 de febrero de 2018, los demandantes presentaron su memorial de demanda, reclamando una indemnización de USD332 millones y una reparación por daño moral de USD15 millones.<sup>117</sup>

Posteriormente, la DIRECON informó que el 13 de junio de 2018, Chile presentó su memorial de contestación en respuesta a la demanda de arbitraje de inversión interpuesta por los empresarios colombianos controladores ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).<sup>118</sup> En esta, el Estado de Chile solicita que el Tribunal Arbitral desestime la totalidad de las reclamaciones de las Partes demandantes por falta de mérito, sosteniendo que ha cumplido con sus obligaciones

---

<sup>116</sup> LARA, Emilio, "Transantiago: en Londres parte juicio por millonaria demanda contra Chile de Alsacia y Express". Bio Bio Noticias en Internet. (En línea) <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/04/11/transantiago-en-londres-parte-juicio-por-millonaria-demanda-contra-chile-de-alsacia-y-express.shtml>> [Fecha de consulta: 15 de abril de 2019].

<sup>117</sup> DIRECON, Chile presenta contestación a la demanda de los controladores de las empresas Alsacia y Express ante el CIADI (En línea) <https://www.direcon.gob.cl/2018/07/chile-presenta-contestacion-a-la-demanda-de-los-controladores-de-las-empresas-alsacia-y-express-ante-el-ciadi/>. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019]

<sup>118</sup> DIRECON, Chile presenta contestación a la demanda de los controladores de las empresas Alsacia y Express ante el CIADI (En línea) <https://www.direcon.gob.cl/2018/07/chile-presenta-contestacion-a-la-demanda-de-los-controladores-de-las-empresas-alsacia-y-express-ante-el-ciadi/>. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019]

contraídas en el Acuerdo suscrito entre Chile y Colombia. A su vez, Chile demuestra que las alegaciones de los demandantes carecen de fundamento jurídico y fáctico, toda vez que el Estado no ha vulnerado el trato justo y equitativo, no ha transgredido su obligación de acuerdo con el trato nacional, no ha realizado acciones u omisiones expropiatorias y ha brindado protección y seguridad plenas a las empresas Alsacia y Express. Todas estas afirmaciones se demuestran con datos y documentación fehaciente, incluyendo informes periciales, que dan cuenta de la tergiversación de los hechos que han elaborado los demandantes.<sup>119</sup>

En consecuencia, el Estado de Chile solicitó al tribunal arbitral que rechace la demanda en su totalidad y condene a los demandantes al pago de las costas del procedimiento arbitral y de los gastos incurridos por Chile (incluyendo los honorarios y los gastos de sus abogados, así como de sus expertos).

c) Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Colombia

El proceso arbitral antes referido, se enmarca en el contexto de una serie de acuerdos y tratados suscritos entre ambos países, y que permiten, debido a lo dispuesto en sus propias disposiciones, que los inversionistas puedan, en determinadas situaciones, demandar a dichos Estados ante organismos internacionales, sometiendo a las Partes a un litigio arbitral extenso y que en su mayoría de ocasiones, resulta con laudos favorables para los inversionistas.

Inicialmente, corresponde mencionar que a raíz de la suscripción de un Acuerdo de Complementación Económica (ACE N° 24) en 1993<sup>120</sup>, y que entró en vigencia el 27 de abril de 1994, comenzaron entre ambos países una serie de negociaciones que con el tiempo, permitieron resolver diferencias y destrabar conflictos comerciales, lo que

---

<sup>119</sup> DIRECON, Chile presenta contestación a la demanda de los controladores de las empresas Alsacia y Express ante el CIADI, Op. Cit.

<sup>120</sup> El Acuerdo de Complementación Económica para el establecimiento de un espacio ampliado entre Colombia y Chile (Acuerdo N°24), fue suscrito de conformidad con lo establecido en el Tratado de Montevideo de 1980 y en la Resolución N°2 del Consejo de Ministros de la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración).

motivo a las autoridades a plantear la conveniencia de profundizar el acuerdo comercial<sup>121</sup>.

En ese contexto y teniendo como base el ACE N° 24, luego de una serie de nuevas negociaciones, el 27 de noviembre del 2006, se firmó el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre Chile y Colombia, documento que incorporó capítulos relativos al intercambio de servicios, inversiones, compras públicas, estableció un sistema de solución de controversias, entre otras materias.

Cabe señalar, que atendido el universo las materias tratadas por dicho tratado, este de enmarca dentro en aquellos denominados de última generación, toda vez que incluye no solamente se enfoca en la reducción de aranceles de importación, sino también normas claras sobre servicios, inversiones, propiedad intelectual y otras materias.

En ese sentido, dentro de las materias mencionas anteriormente, el tratado suscrito entre ambos países incluye, en su Capítulo N°16, un mecanismo de Solución de Controversias, cuyo texto es similar al establecido en el tratado suscrito entre Chile y Uruguay el año 2016, abriendo la posibilidad de demandar a los Estados.

Dicha norma dispone lo siguiente:

#### Artículo 16.2. Ámbito de Aplicación

1. Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo, las disposiciones sobre solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:
  - (a) A la prevención a la solución de las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo; o

---

<sup>121</sup> DIRECON, Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia, Acerca del Acuerdo. [En línea] <https://www.direcon.gob.cl/2017/06/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia-2/> [Fecha de consulta 11 de abril de 2019].

- (b) Cuando una Parte considere que una medida de la otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del presente Acuerdo, o que otra Parte ha incurrido en el incumplimiento de otra forma respecto de las obligaciones asumidas en conformidad con este Acuerdo; o
- (c) Cuando una Parte considere que una medida existente o en proyecto de la otra Parte causa anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 16.2.1.

Posteriormente, el N°2 del citado artículo, establece que:

“En conformidad con el Artículo 13.3<sup>122</sup>, este Capítulo es sin detrimento de los derechos de las partes a recurrir a los procedimientos de solución de controversias existentes bajo otros acuerdos en que son parte”.

De conformidad a los artículos citados, corresponde afirmar que la transferencia de soberanía que realizan los Estados se lleva a cabo de manera similar en los distintos tratados de libre comercio, (denominados de última generación) toda vez que, incluyen una amplia gama de materias a abordar, dentro de las cuales incluyen cláusulas de resolución de controversias que son derechamente mecanismos de transferencia de soberanía de los Estados.

#### d) Situación actual del caso

En virtud de las actuaciones realizadas en el marco del proceso arbitral, el jueves 11 de abril, en Londres, Inglaterra, comenzaron los alegatos en la demanda interpuesta en contra del Estado chileno por los empresarios colombianos, ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

---

<sup>122</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE CHILE Y COLOMBIA EL AÑO 2016. Artículo 16.3. Elección del foro: 1. En caso de cualquier controversia que surja bajo este Acuerdo o bajo otro tratado de libre comercio al que las Partes contendientes pertenezcan o el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro para resolver la controversia. 2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un tribunal arbitral al amparo del Acuerdo al que se hace referencia en el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros.

La delegación chilena, encabezada por la Subsecretaria de Relaciones Exteriores, Carolina Valdivia, presentará sus argumentaciones ante tres árbitros durante cinco días. Cabe señalar que, durante su intervención, la Subsecretaria Valdivia rechazó categóricamente acusaciones en contra del Estado de Chile, pronunciadas por los hermanos Ríos en el procedimiento. Asimismo, recordó a todos los asistentes de la audiencia, que los tratados internacionales en materia de inversión extranjera, tales como el Acuerdo entre Chile y Colombia, consagran, por un lado, el poder regulatorio y administrativo del Estado y, por otro, impone un altísimo estándar para comprometer la responsabilidad internacional del Estado.<sup>123</sup>

Dentro de los testigos que presenta Chile, se encuentra el exministro de Transporte de Michelle Bachelet, Andrés Gómez-Lobo, y los exdirectores de Transporte Público Metropolitano, Guillermo Muñoz y Patricio Pérez. Asimismo, cabe señalar que el veredicto del CIADI es inapelable.<sup>124</sup> El laudo, posiblemente sea conocido en diciembre de 2019.<sup>125</sup>

En dicha instancia ante el CIADI, los representantes del Estado Chile solicitaron al tribunal arbitral que rechace la demanda en su totalidad, y condene a los demandantes al pago de las costas del procedimiento arbitral y de los gastos incurridos por Chile.

Finalmente, y de conformidad a los antecedentes recabados, corresponde señalar que, en caso de resultar un fallo adverso para los intereses del Estado de Chile, esto no solo le costaría al país los US\$330 millones que piden los inversionistas demandantes, sino también, se vería gravemente afectada la imagen internacional del país.

## 2. Phillips Morris contra Uruguay

### 2.1. Origen del caso

---

<sup>123</sup> ADPRENSA, Subsecretaria de RR.EE Carolina Valdivia encabeza delegación chilena por caso Alsacia y Express. Crónica. [En línea] <https://www.adprensa.cl/cronica/subsecretaria-de-rree-carolina-valdivia-encabeza-delegacion-chilena-por-caso-alsacia-y-express/> [Fecha de consulta 15 de abril de 2019].

<sup>124</sup> LARA, Emilio, Op. Cit.

En febrero de 2010, tres compañías subsidiarias de Philip Morris Internacional (PMI)<sup>126</sup>, iniciaron una demanda internacional<sup>127</sup> contra Uruguay, frente al Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionista (CIADI). Las empresas, alegaron que dos medidas de control de tabaco de la regulación de Uruguay violaban un Tratado Bilateral de Inversiones con Suiza. Las empresas, llevaron el reclamo al CIADI luego de que las disputas legales en las cortes uruguayas presentadas fallaran. De esta manera, el panel de tres árbitros publicó su decisión el 8 de julio de 2016, desestimando todos los reclamos de PMI y compensando a Uruguay por sus costos legales (7 millones de dólares).

La controversia, se basa en lo dispuesto en el Capítulo 10 del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (con inclusión del artículo 10 del Protocolo) de fecha 7 de octubre de 1988 que entró en vigor el 22 de abril de 1991<sup>128</sup>.

## 2.2. Demanda

Los demandantes señalaron que, mediante diversas medidas de control del tabaco aplicables a la industria tabacalera, el gobierno de Uruguay violó el tratado bilateral de inversión vigente, en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas, se encuentran la adopción por parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas, llamada Regulación de la Presentación Única o RPU, y el aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecen en las cajetillas de cigarrillos, llamada la Regulación del 80/80.

---

<sup>126</sup> Philip Morris Products S.A. (Filial suiza de Philip Morris International), 2. Abal Hermanos S.A. (una compañía uruguaya de productos de tabaco) 3. FTR Holdings S.A. (un conglomerado suizo que posee a Abal Hermanos S.A. – reemplazado en el reclamo por Philip Morris Brand Sarl)

<sup>127</sup> Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) contra República Oriental del Uruguay (Caso CIADI N.º ARB/10/7).

<sup>128</sup> El Capítulo 10 de dicho TBI se refiere al mecanismo de solución de Controversias entre las Partes del Acuerdo.

En ese sentido, la empresa argumentó que las advertencias sanitarias no dejaban espacio suficiente en los paquetes para el uso de su marca e imagen comercial como fueron diseñadas, y que la RPU significaba que no podían comercializar ciertas marcas disponibles en el mercado.

En consecuencia, a juicio de las empresas demandantes, las medidas impugnadas constituyen violaciones de las obligaciones contraídas por el Estado, en virtud de los Artículos 3 (1) (menoscabo del uso y goce de las inversiones), 3 (2) (tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia), 5 (expropiación) y 11 (observancia de los compromisos) del Tratado Bilateral de Inversión, y les da derecho a compensación en virtud del Tratado y el derecho internacional. Asimismo, las demandantes reclaman una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de estas presuntas violaciones.

Sobre esta premisa, solicitan al Tribunal que:

O bien:

a) Ordene que la Demandada retire las regulaciones impugnadas o se abstenga de aplicarlas contra las inversiones de las Demandantes, y otorgue una indemnización por los daños sufridos hasta la fecha de este retiro; o, en subsidio;

b) Otorgue a las Demandantes una indemnización por daños de al menos USD 22,267 millones, además de intereses compuestos a devengarse desde la fecha de la violación hasta la fecha de pago del laudo por parte de la Demandada; y Otorgue a las Demandantes la totalidad de sus honorarios y gastos, incluidos los honorarios de los abogados, incurridos con relación a este arbitraje; y Otorgue cualquier otra reparación que el Tribunal considere justa y apropiada. [Traducción del Tribunal].<sup>129</sup>

### 2.3. Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la Confederación Suiza y Uruguay

---

<sup>129</sup> LAUDO, Caso Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay, Caso CIADI N.º ARB/10/7, [2016] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Washington, D.C.), p.10.

Como se indicó anteriormente, el tratado invocado por la Parte demandante, corresponde al Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (con inclusión del artículo 10 del Protocolo) de fecha 7 de octubre de 1988 que entró en vigor el 22 de abril de 1991

El tratado bilateral de inversión invocado por los demandantes contiene, en su artículo 10<sup>130</sup>, denominado “Controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante” un procedimiento especial para aquellas controversias entre susciten entre las Partes mencionadas. En ese sentido, se establece lo siguiente:

En primer lugar, dispone que las controversias que puedan surgir entre una Parte contratante y un inversor de la otra Parte contratante con relación a inversiones comprendidas en el acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas. Ahora bien, si una controversia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión.

Posteriormente, indica que si dentro de un plazo de 18 meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.

Es en esta etapa en la que ingresa el CIADI al caso en análisis, toda vez que fue requerida su intervención a fin de conformar un tribunal arbitral que resolviera el caso y el 22 de febrero de 2010, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje de fecha 19 de febrero de 2010.

Así, las Partes acordaron constituir el Tribunal de Arbitraje de conformidad con el Artículo 37 N°2 Letra (a) del Convenio CIADI y que el Tribunal se compondría de tres árbitros, uno a ser designado por cada parte y el tercer árbitro y Presidente del Tribunal a ser designado por acuerdo de los dos co-árbitros. A falta de consenso entre los dos

---

<sup>130</sup> El Capítulo 10 de dicho TBI se refiere al mecanismo de solución de Controversias entre las Partes del Acuerdo.

árbitros designados por las Partes, la Secretaria General designaría al tercer árbitro y presidente.<sup>131</sup>

Por su parte, el N°3 de dicho artículo establece, que el Tribunal Arbitral se constituirá para cada caso en particular. Las disposiciones de los parágrafos (2) a (7) del Artículo 9° se aplicarán mutatis mutandis, sujeto a la condición de que los árbitros, de acuerdo con el Artículo 9°, parágrafo (2), sean elegidos por las partes involucradas en la disputa y que, en caso de no haber sido observados los plazos previstos en el Artículo 9°, parágrafos (3) y (4), cada una de las Partes involucradas podrá, en ausencia de otros convenios, invitar al Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París a realizar las correspondientes designaciones. (4) Ninguna de las Partes Contratantes podrá promover el procedimiento arbitral previsto en el Artículo 9° respecto de una controversia resuelta por un Tribunal Arbitral de acuerdo con el presente artículo, a menos que la otra Parte Contratante no acate ni cumpla con el laudo dictado por el Tribunal Arbitral.

#### 2.4. Situación actual del caso

La resolución del caso, que sin duda marcó un importante precedente en la materia, tardó 6 años en desarrollarse y consta de 304 páginas. Finalmente, el CIADI falló en favor de Uruguay, el tribunal arbitral afirmó que las dos medidas obedecían al ejercicio del derecho soberano y el deber uruguayo de proteger la salud pública de las causas de la muerte y el tabaquismo.

La dictación del laudo del tribunal arbitral, de fecha 8 de julio de 2016, reconoció el poder soberano del Estado de Uruguay de regular para proteger la salud de las personas, sin incurrir en responsabilidad internacional por expropiación indirecta, violación del trato justo y equitativo o inobservancia de compromisos como alegaba la actora. Por tanto, el tribunal desestimó los reclamos de Philip Morris y determinó que esta debe encargarse de sufragar los honorarios y gastos del tribunal y gastos administrativos del CIADI (1.485.714,08 dólares), así como reintegrarle al Estado

---

<sup>131</sup> <sup>131</sup> LAUDO, Caso Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay, Caso CIADI N.° ARB/10/7, [2016] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Washington, D.C.), p.5.

Uruguayo 7 millones de dólares de los 10.319.833,57 de los costos que incurrió durante el proceso.<sup>132</sup>

Cabe señalar que el caso Philip Morris contra Uruguay, constituye un caso sin precedentes en el arbitraje de inversiones. En primer lugar, porque se trata de la primera controversia presentada por una tabacalera en un foro de inversiones. Este hecho puso en evidencia la relación antagónica entre la protección de inversiones en el marco de una definición amplia de inversión y el libre accionar de un Estado soberano, en tanto creador de normas internas tendientes a brindar mayor protección a bien jurídico que considera superior: el derecho humano a la salud pública, dando cumplimiento de normas internacionales de protección de derechos humanos de las cuales es parte.<sup>133</sup>

Finalmente, el caso en análisis, si bien corresponde a una clara excepción a la regla en materia de laudos dictados por el CIADI en materia de controversias entre Estados e inversionistas, viene nuevamente a demostrar cómo las disposiciones incorporadas en los tratados en análisis, así como la norma en estudio, otorga derechamente competencia a tribunales arbitrales para resolver controversias suscitadas dentro del territorio de un Estado, vulnerando la soberanía nacional, exponiéndolo al Estado a demandas internacionales, largos procedimientos (en este caso 6 años) costos asociados al proceso judicial y finalmente, a una posible sentencia desfavorable.

## CONCLUSIONES

Como lo ha definido el profesor Canotilho, “sólo podrá hablarse de un Estado soberano cuando se esté ante una afirmación de poder de la supremacía dentro de un

---

<sup>132</sup> ORALC, Observatorio de Regionalismos en América Latina y el Caribe, Programa de Estudios Internacionales. Facultad de Ciencias Sociales, Unidad Multidisciplinaria. Universidad de la República. Multi Informe de coyuntura ORALC N° 2, diciembre de 2016. [En línea] <[https://www.researchgate.net/publication/313857030\\_Claves\\_del\\_caso\\_Philip\\_Morris\\_contra\\_Uruguay\\_y\\_en\\_el\\_escenario\\_sudamericano](https://www.researchgate.net/publication/313857030_Claves_del_caso_Philip_Morris_contra_Uruguay_y_en_el_escenario_sudamericano)> [Consulta: 24 de abril de 2019].

<sup>133</sup> Ibís.

determinado territorio concretamente traducido en el ejercicio de las competencias soberanas: legislación, jurisdicción y administración”<sup>134</sup>.

En ese sentido y de conformidad a lo señalado en el transcurso de esta investigación, el artículo en análisis sobre el sistema de solución de controversias contenido en el Tratado celebrado entre Chile y Uruguay, constituye, a la luz de las preceptos constitucionales y la jurisprudencia analizada, una transferencia de soberanía del Estado a un organismo externo, toda vez que en virtud de su ratificación, y una vez otorgado el consentimiento para conceder competencia a un tribunal arbitral, el Estado cede su facultad jurisdiccional para resolver las controversias que se susciten dentro su territorio a un organismo arbitral, dentro del ámbito de aplicación de dicho instrumento. Lo anterior, en la práctica, significa para los Estados una situación compleja en cuanto al ejercicio de su atribuciones soberanas, ya que dicho tratado, entrado en vigencia para los Estados Parte, otorga a los inversionistas una efectiva herramienta que les permite, en caso de verse afectados por alguna medida estatal, demandar al Estado ante jueces arbitrales, con el fin de buscar una solución a una controversia provocada por un acto estatal que a su juicio, anula o menoscaba los beneficios que razonablemente podría haber esperado recibir en el marco de aplicación del tratado.

El artículo en análisis, en virtud de la amplia gama de materias abordadas, forma parte de aquellos acuerdos denominados de última generación y, en consecuencia, incluye una serie de materias de gran relevancia política y económica dentro de su contenido, las que son resguardadas en cuanto a su cumplimiento, mediante cláusulas de solución de controversias a favor de los inversionistas, especialmente, mediante la posibilidad de recurrir a tribunales arbitrales, como es caso del CIADI.

Ante la situación descrita, es posible afirmar que el tratado en estudio cede soberanía nacional y expone al país a nuevas demandas ante tribunales internacionales. Esto, porque el Capítulo referido a la Solución de Controversias limita de manera significativa la posibilidad de realizar políticas soberanas, quedando el Estado

---

<sup>134</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Derecho Constitucional y Teoría de la Constitución. Editorial Almedina, 7ª Edición, Coimbra. Portugal, Año 1999, pág. 1.218.

susceptible de ser demandado por cualquier inversionista que se sienta afectado por políticas laborales, tributarias, medioambientales o de otro tipo que realice el país, incluso ante “posibles situaciones o proyectos”, ya que el tratado incorpora la frase “beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir”.

Esta situación cobra especial relevancia, tanto por el hecho de significar una vulneración a principios esenciales de un Estado de Derecho, como es la soberanía nacional, pero también por el hecho de que la exposición constante de los Estados a litigios internacionales, sin lugar a dudas, afecta el debido ejercicio de las demás funciones soberanas, toda vez que desde la ratificación de este tipo de instrumentos y desde su entrada en vigencia, el Estado no podrá legislar libremente sobre las materias abordadas por dicho tratado, ya que deberá siempre tener en cuenta que si la medida, política o proyecto que desea realizar, afecta alguna de las materias contenidas y aprobadas en el tratado, o bien, si el inversionista considera que podría afectarle en alguna medida sus intereses económicos, el Estado se verá expuesto a una demanda internacional de gran cuantía, toda vez que deberá contratar a sus abogados, someterse a un procedimiento arbitral y quedar sujeto a una eventual sentencia (laudo) desfavorable, y además, a una situación que afectará su imagen frente a la comunidad internacional. Asimismo, en virtud de estos tratados, el gobierno de turno deberá evaluar sus políticas públicas en aquellas materias tratadas en dichos acuerdos internacionales, toda vez que igualmente, podrían vulnerar los acuerdos comerciales y exponer al Estado a una demanda internacional.

Por su parte, y como también se analizó oportunamente en esta investigación, el Tribunal Constitucional ha manifestado, que no es admisible que la ley o el tratado, sin previa credencial constitucional, reduzca la esfera de “competencia soberana”, constitucionalmente conformada, de órganos expresamente representados como “autoridades que la Constitución establece” <sup>135</sup>En ese sentido, podemos afirmar que el acuerdo comercial invocado, si bien se enmarca dentro de un contexto global de regulación del intercambio de bienes entre Estados, a fin de facilitar el comercio y las relaciones comerciales en general, los mecanismos establecidos para solucionar las

---

<sup>135</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de marzo de 2002, ROL N°346 de 2002.

controversias que puedan suscitarse no están respetando un principio fundamental y que se encuentra consagrado en nuestra legislación, que es la soberanía nacional.

En base a esta afirmación, y habiendo analizado durante la investigación la diferencia existente entre la actual controversia, con el caso de la competencia entregada a las cortes internacionales de derechos humanos, a raíz de los argumentos analizados, consideramos que la ratificación del tratado de libre comercio suscrito entre Chile y Uruguay el año 2016, vulnera la soberanía nacional del Estado de Chile, consagrada en nuestra carta fundamental, afectando directamente, el legítimo ejercicio de las atribuciones que dicha soberanía implica para el poder político democráticamente en ejercicio. En ese sentido, se estima pertinente que, no siendo procedente en el actual concierto internacional, la limitación a la celebración de acuerdos comerciales, sí debe restringirse la aprobación de aquellas normas internacionales que vulneren la soberanía del Estado, y que directamente benefician a inversionistas extranjeros, por las razones antes esgrimidas.

Finalmente, se estima procedente que nuestra carta fundamental consagre, dentro de su cuerpo normativo, un mecanismo de protección de las atribuciones soberanas del Estado, que se ven afectadas en virtud de la ratificación de ciertos tratados internacionales de libre comercio, los que como vimos, otorgan competencia a tribunales arbitrales, sin ponderar los efectos jurídicos, económicos e internacionales que producen al Estado suscriptor y su población en general. Asimismo, sería procedente, retornar en cierta medida a lo dispuesto por la Doctrina Calvo, y volver a dar preeminencia a un mecanismo de solución de controversias a nivel interno, mediante una consagración constitucional de dicha limitación<sup>136</sup>. Asimismo, y a modo de ejemplo, puede citarse el caso de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 07 de febrero de 2009, la que en su artículo 320<sup>137</sup>, estableció que toda

---

<sup>136</sup> Actualmente, aproximadamente un 66% de los acuerdos comerciales no incluye la obligación de agotar los recursos internos como requisito previo, alejándose cada vez de la Doctrina Calvo.

<sup>137</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA. Artículo 320. I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera. II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ADPRENSA, Subsecretaria de RR.EE Carolina Valdivia encabeza delegación chilena por caso Alsacia y Express. Crónica. 2019. [En línea] <https://www.adprensa.cl/cronica/subsecretaria-de-rree-carolina-valdivia-encabeza-delegacion-chilena-por-caso-alsacia-y-express/>
2. ALIANZA CONTRA LA POBREZA, Tratados comerciales de nueva generación, Cuca Hernández y Carlos Ruiz, 2016. Investments Treaty News. [En línea] <<http://alianzacontralapobreza.org/tratados-comerciales-de-nueva-generacion/>>
3. BAS VILIZZIO, Magdalena, Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Vol.3 N°5 Asunción. 2015. [En línea] [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-78872015000500233](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500233)
4. BENADAVA, Santiago. Manual de Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago, Chile, 1997.
5. BENÍTEZ, Enrique Ahumada, Oportunidades de negocios: ¿En qué consisten los TLC? Biblioteca del Congreso Nacional. Año 2008. [En línea] <<https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/oportunidades-negocios-tlc-que-consisten>>
6. BODIN, Jean, Los seis libros de la República, Editorial Tecnos, España, 1997.
7. CABELLO, Claudia, Chile responde al Ciadi por demanda de Alsacia y la acusa de financiar a empresas relacionadas. La Tercera en Internet. 6 de julio de 2018 [en línea] <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-responde-al-ciadi-demanda-alsacia-la-acusa-financiar-empresas-relacionadas/234203/>>

8. CAMILO VILLA, TLC: Cuando se da a las empresas más poder que a los Estados” Radio Universidad de Chile, 2018. [en línea] <<http://radio.uchile.cl/2018/03/08/tratados-de-libre-comercio-cuando-se-da-a-las-empresas-mas-poder-que-a-los-estados/>>
9. CARRANZA ESCOBAR, Ronald Eduardo, GARCÍA RUIOZ, Sue Susaneth, Trabajo en Grupo, Los tratados bilaterales de inversión y la solución de conflictos. Universidad Latina de Panamá, Facultad de Derecho, Panamá, Año 2018.
10. CARRILLO Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los Estados y Organizaciones Internacionales: una tensión dialéctica. España. Año 2007. [En línea] <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A84/A84-23.pdf>>
11. DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, Acuerdos Comerciales, <<https://www.direcon.gob.cl/modulo-de-acuerdos-comerciales/>>
12. FERNÁNDEZ Illanes, Samuel. El proceso de integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina. En Ars Boni et Aequi, 5 (2009) [En línea] <<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2-Fern%C3%A1ndez.pdf>>
13. GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional, en particular el régimen de sanciones establecidas en el marco de la Organización Mundial de Comercio, OMC. Derecho y Humanidades N°16, vol. 1, Universidad de Chile. Año 2010.
14. GARCÍA, Amado, RIOCO, Luis, y KUCHARZ Tom. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. Observatorio de Multinacionales de América Latina, 2003, [En línea] <http://omal.info/spip.php?article6148>.
15. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Derecho Constitucional y Teoría de la Constitución. Editorial Almedina, 7ª Edición, Coimbra, Portugal, Año 1999.
16. GUZMÁN, Karl Müller, Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV) Chile. 2015.
17. HASSAN, AKRAM, Tres razones para oponerse al TPP-11. Diario El Desconcierto, 20 de diciembre de 2018. [En línea] <<https://www.eldesconcierto.cl/2018/12/20/tres-razones-para-oponerse-al-tpp-11/>>

18. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. El derecho internacional Contemporáneo. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
19. JOSÉ MARÍA VIÑALS CAMALLONGA, Sentencia en caso Achmea: ¿Es el principio del fin del arbitraje europeo de inversiones? – EXPANSIÓN, 2018, [en línea] <<https://www.lupicinio.com/sentencia-achmea-es-el-principio-del-fin-del-arbitraje-europeo-de-inversiones/>>
20. KAISER, Stefan A. El ejercicio de la Soberanía de los Estados, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2010. [En línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/6.pdf>>
21. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, México, 1995.
22. KELSEN, Hans: Teoría General del Derecho y del Estado, trad. Eduardo García Máynez, Editorial UNAM, México, 1995.
23. LAGOS ERAZO, Jaime, El Caso Pinochet ante las Cortes Británicas. Editorial Jurídica de Chile. Chile. Año 1999.
24. LARA, Emilio, Transantiago: en Londres parte juicio por millonaria demanda contra Chile de Alsacia y Express. Bio Bio Noticias en Internet. 11 de abril de 2019. (En línea) <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/04/11/transantiago-en-londres-parte-juicio-por-millonaria-demanda-contra-chile-de-alsacia-y-express.shtml>
25. Litigio entre la Slowakische Republik (República Eslovaca) y Achmea BV en relación con un laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012 emitido por el tribunal arbitral previsto en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.
26. LLANOS Mancilla, Hugo, Teoría y práctica del derecho internacional público. El Estado como sujeto de derecho internacional. 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Chile. Año 2007.
27. MAES Marc, EVENTON Ross, VANDER STICHELE Myriam, TRICARICO Antonio, SENSI Roberto, VAN OS Roos, EBERHARDT Pia, OLIVET Cecilia, Por una política europea de inversiones al servicio del interés público Los Acuerdos de Inversiones de la UE En la era del Tratado de Lisboa. Transnational Institute en nombre del Grupo de Trabajo sobre inversiones de

la red Seattle to Brussels. Amsterdam. Año 2010. [En línea] <[https://www.tni.org/files/download/eu\\_investment\\_reader\\_sp.pdf](https://www.tni.org/files/download/eu_investment_reader_sp.pdf)>

28. MANCILLA, Alfredo Serrano, CONVERTI Lucía y NAVARRO Francisco, "Informe: Evaluación Y Alternativas Al Ciadi" América Latina, Debates Económicos. Año 2017. [En línea] <<https://www.celag.org/informe-evaluacion-y-alternativas-al-ciadi/>>
29. MEDINA Quiroga, Cecilia, NASH Rojas, Claudio, Manual de Derecho Internacional de los derechos humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Chile. Año 2003.
30. MORALES, Joaquín. Solución Internacional de controversias en materia de inversiones CIADI o UNCITRAL, ¿Cuál camino escoger?", en: Jornadas de Derecho Internacional: 29 de noviembre a 2 de diciembre de 2004. Santiago, Organización de Estados Americanos y Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 2005. (Citado en GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional, en particular el régimen de sanciones establecidas en el marco de la Organización Mundial de Comercio, OMC. Derecho y Humanidades N°16, vol. 1, Universidad de Chile. Año 2010).
31. MUÑOZ, Dayana, Senador Juan Ignacio Latorre: Con los TLCs hay una pérdida de soberanía del Estado respecto a las empresas transnacionales, Chile Mejor Sin TLC. 2018. [En línea] <https://chilemejorsintlc.cl/senador-juan-ignacio-latorre-con-los-tlcs-hay-una-perdida-de-soberania-del-estado-respecto-a-las-empresas-transnacionales/>
32. OLIVET, Cecilia, MÜLLER Bettina y GHIOTTO Luciana, La ISDS en números: Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, Transnacional Institute, Amsterdam, 2017. [En línea] <<https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/isds-in-numbers-impacts-of-investment-arbitration-against-latin-america-and-the-caribbean/>>
33. OMAL, OBSERVATORIO DE MULTINACIONALES EN AMÉRICA LATINA, Los Tratados de libre comercio quiebran la soberanía de los Estados Entrevista de Ignacio Rodríguez a Juan Hernández Zubizarreta. 2016, España. [en línea] <<http://omal.info/spip.php?article7465>>
34. PASTOR, Martín, Juez y parte, el gran negocio detrás de los TBI. Celag.org. Año 2019. [En línea] <<https://www.celag.org/juez-y-parte-el-gran-negocio-detras-tbi/>>

35. PASTOR, Martín, Los TBI y América Latina: Explotación Transnacional Consentida, Celag.org. Año 2018. [En línea] <<https://www.celag.org/tbi-america-latina-expoliacion-transnacional-consentida/>>
36. PHILIPPE, Xavier, Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión, Junio de 2006, N° 862 de la versión original.[En línea]<[https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc\\_862\\_philippe.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf)>
37. ROBINSON, Mary, Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. 2001. Anexo, Doc. A/ 56/677 de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Tema 164 del programa, Establecimiento de la Corte Penal Internacional.
38. ROBLES CASTILLO, Margarita, El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución, Revista Española de Derecho Internacional. España. Año 2014.
39. ROUSSEAU, Jean Jacques, El contrato social o principios de derecho político, 2ª Edición, traducción de Everardo Velarde, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., Año 1969.
40. SAROOSHI, Dan, International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers, Oxford – New York, Oxford University Press, 2005.
41. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Tomo VII, Chile. Año 2000.
42. SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR. Organización de los Estados Americanos, OEA. [En línea] <[http://www.sice.oas.org/ctyindex/chl/CHLBITS\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/chl/CHLBITS_s.asp)>
43. TORRICO, Tania Valenzuela, Aspectos actuales de la jurisdicción universal: especial referencia a la “decapitación” de la misma por parte del estado español, Trabajo de Fin de Grado de Relaciones Laborales, Universidad de Barcelona. España. Año 2017.
44. TROMBEN Reyes, Pablo, Subus y Alsacia contra el Estado de Chile ante el CIADI. Año 2016. Comunas, Idealex.press. [En línea] <http://idealex.press/opinion/columnas/subus-alsacia-ante-el-ciadi/>.

45. TRONCOSO Repetto, Claudio: Parlamento y Política Exterior de Chile. Un balance de veinte años (1990–2010). Fundación Konrad Adenauer. Serie de Estudios. N° 6. Chile, 2011.
46. VARGAS Carreño, Edmundo. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2007.

**Normas citadas:**

1. Decreto Supremo N°100 de 17 de 2018, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
2. Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Colombia el año 2018.
3. Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y la República Oriental de Uruguay el año 2018.
4. Constitución Política del Estado de Bolivia.
5. Tratado integral y progresista de asociación transpacífico (CPTPP).
6. Boletín N°11334-10. Proyecto de Ley Aprueba el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo, Uruguay, el 4 de octubre de 2016.

**Jurisprudencia citada:**

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de agosto de 2000, ROL N°309 de 1995.
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de agosto de 2000, ROL N°343 de 2002.
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 04 de marzo de 2002, ROL N°346 de 2002.