

ACUERDOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN: LAS IMPLICANCIAS PARA LA SOBERANÍA NACIONAL

RAIMUNDO GONZÁLEZ MUÑOZ*
RODRIGO ROJO**

RESUMEN

El artículo aborda la forma como el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados se ve afectada por la firma de acuerdos internacionales de inversión. Distinguiendo la forma de aplicación del derecho interno respecto del derecho internacional, el autor revisa los conceptos básicos para comprender la relación entre soberanía y acuerdos internacionales. Para ello, se revisan las diversas formas de acuerdos comerciales, deteniéndose en los tratados internacionales suscritos por Chile y en los diferentes efectos que cada uno de ellos genera sobre sus poderes regulatorios.

Palabras clave: Soberanía, acuerdos internacionales, derecho nacional e internacional.

ABSTRACT

The article approaches the way how the exercise of the States sovereignty can be affected by the signature of international agreements on investment. Distinguishing the application of the national law respect to the international law, the author reviews the basic concepts to understand the relation between sovereignty and international agreements. For it, the diverse forms in commercial agreements are analyzed, stopping in international treaties subscribed by Chile and in the different effects that each one of them generates on its regulatory powers.

Key words: Sovereignty, international agreements, national and international law.

Hay múltiples acepciones del concepto de soberanía. Remiro Brotóns lo define como “el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitada en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados”¹.

Por otra parte la inversión entendida en su sentido amplio es todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado.

** Ingeniero Comercial. Agregado comercial de Chile en el Reino Unido.

¹ REMIRO BROTONS, Antonio y otros autores: *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 75.

indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo².

Ambos conceptos son relevantes para comprender la relación que existe entre la soberanía y los acuerdos de inversión. Hoy en día se encuentra plenamente vigente la discusión acerca de la renuncia que hacen los Estados a algunas de sus atribuciones cuando firman acuerdos sobre esta materia. Ha habido críticas de una serie de actores pertenecientes a distintos sectores y ámbitos; otros defienden la importancia de suscribir este tipo de Acuerdos. ¿Cómo se inserta esta discusión en el derecho internacional? ¿Qué implicancias sobre la soberanía tienen los distintos Convenios que se firman?

La aplicación y origen del derecho internacional es distinta del derecho interno. El derecho interno supone una sociedad jerarquizada en la que existe una autoridad generadora de normas y los destinatarios que se someten a ella. Existe una autoridad que también se sujeta a la norma, al menos en los regímenes democrático, que ejerce el poder sobre otros que la acatan. Por su parte la sociedad internacional está compuesta por unidades autónomas y jurídicamente iguales. No existen Estados que tengan mayor jerarquía, ni que se sometan o reconozcan autoridad de otros. El derecho internacional es un derecho entre Estados iguales, en el que se regulan las relaciones mediante un proceso de cooperación.

Lo anterior se suma a la discusión de la doctrina respecto del fundamento del derecho internacional. Parte de ella establece la voluntariedad como elemento esencial. La voluntad de los Estados está siempre presente, ya sea de forma tácita o expresa. En los Tratados, la voluntad es manifiesta y en la costumbre existe a lo menos una aquiescencia tácita que en su etapa de formación podría ser objetada por el Estado que no quiera reconocerla. Esto también se sustenta en el principio de autodeterminación de los Estados en poder conducir las relaciones internacionales.

Además, la norma de la costumbre se forma por la conducta permanente de una mayoría de Estados. Según el Sr. Dettlef "El derecho internacional funciona en base a la cesión de soberanía, porque el Estado asume compromisos que unilateralmente no puede modificar".

Los antivoluntaristas plantean que el derecho internacional no tiene fuerza obligatoria y que la norma interna prima por sobre la internacional. Contraargumentan que el Estado no puede siempre oponerse a la costum-

² Dicho concepto emana del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos. Definiciones similares se encuentran en otros Convenios que siguen el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA).

bre. El objetor persistente solo es posible en la etapa de formación de la soberanía pero no cuando esta se encuentra vigente. Además, si bien la costumbre se forma por la conducta de la mayoría de los países no se forma por la unanimidad, algunos no confieren su voluntariedad. Señalan que el Estado es esencialmente soberano y por medio de esa soberanía es que decide celebrar acuerdos. La cesión de soberanía es posible por el ejercicio de esa soberanía; el Estado tiene el poder supremo para hacerlo.

A lo anterior se suma otro argumento: se basa en la denunciabilidad de los Tratados. En efecto, la mayoría de estos instrumentos son denunciables (aun cuando no existan reglas explícitas que lo permitan) pero hay Convenios que por su naturaleza no pueden serlo como los Tratados que establecen límites territoriales, los que codifican normas consuetudinarias o los que contienen normas de derecho humano.

Resulta interesante lo señalado por la Corte de la Haya en el caso de Wimbledon en 1923 "...la facultad de asumir un compromiso internacional, lejos de ser un abandono de soberanía es un atributo de la misma"³.

En todo caso cualquiera sea la postura hay consenso en que: El Estado es soberano por el solo hecho de serlo y la soberanía tiene limitaciones como: su propio territorio, los derechos humanos, la inmunidad soberana, la inmunidad diplomática; en fin la costumbre y la convención.

La doctrina distingue tres tipos de poderes: la soberanía que se ejerce sobre un territorio delimitado y propio (competencia territorial), la soberanía que se ejerce sobre los nacionales (competencia personal) y la soberanía que supone la relación con otros Estados (competencia exterior)

Antonio Remiro Brotóns dice de la soberanía que "Entendida como absoluta –o poder de decidir y actuar según se venga en gana– es incompatible con el Derecho y todos los esfuerzos por acomodarla en él parecen un artificioso juego intelectual"⁴.

Entonces, ¿los Tratados y en particular acuerdos de inversión limitan la soberanía? ¿Cuáles son las implicancias que tienen dichos Convenios sobre la soberanía nacional?

A continuación se van a examinar los acuerdos comerciales y en particular, tres tipos de Tratados comerciales suscritos por Chile cuyos efectos en los poderes regulatorios del Estado son distintos: el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio, los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión (APPI's) y los Tratados de Libre Comercio (TLC's) .

³ REMIRO BROTONS. *Derecho Internacional*, p. 76.

⁴ *Ibíd.* p. 75.

ACUERDOS COMERCIALES

Los acuerdos internacionales que versan sobre materias de comercio internacional, incluyendo intercambio de bienes, la cesión de derechos para uso de tierras o la protección de las inversiones no son nuevos. Algunos de ellos, aunque con formatos más sencillos como contratos internacionales, ya consideraban cláusulas como las conocemos hoy, que otorgaban preferencias comerciales a las Partes signatarias hacia fines del siglo XIX.

La finalidad de estos acuerdos comerciales puede ser analizada desde los puntos de vista económico y jurídico. Económicamente, la teoría del comercio, indica que las partes en cuestión deben intercambiar bienes y servicios, dado que los recursos productivos son escasos y las necesidades crecientes, por lo que estos deben ser destinados a aquellas áreas donde el productor sea más eficiente para así obtener el mejor resultado posible. Desde un punto de vista jurídico, estos convenios buscan establecer un marco de certidumbre respecto a los compromisos adquiridos, y eventualmente, fijar un mecanismo que permita solucionar un conflicto surgido del incumplimiento del acuerdo. Finalmente, los países negocian, en el ámbito bilateral o multilateral estos convenios, con el fin de obtener preferencias y/o facilitar el intercambio de bienes y servicios, lo cual en definitiva, favorece la integración económica y política de las Partes.

A este respecto, en el concierto internacional, existe una clasificación no doctrinaria de los acuerdos, que sigue un orden de importancia ascendente, partiendo por aquellos de la primera generación, hasta llegar a los de tercera o incluso cuarta generación. El orden que recibe cada uno de los acuerdos radica en la cantidad y calidad de los compromisos y temas abordados. Así, son de primera generación los Mercados Comunes (en Latinoamérica ya no existen acuerdos de esta naturaleza); de segunda la Unión Aduanera que incluye, además de la eliminación de barreras comerciales y no arancelarias al comercio entre sus Miembros, un arancel externo común (MERCOSUR es un ejemplo, aunque imperfecto); y son de tercera generación los que establecen compromisos más complejos como los Acuerdos de Complementación Económica y los Tratados de Libre Comercio. Asimismo, algunos países han logrado desarrollar una nueva generación de acuerdos, que incluye materias nunca antes reguladas bajo este tipo de marco internacional, como es el comercio electrónico o algunas subyacentes al comercio como los temas laborales y medioambientales.

La región no ha quedado ausente de este proceso y desde fines de la década de los 50 hasta el presente, en América Latina y el Caribe se han suscrito una serie de acuerdos comerciales que, con mayor o menor grado,

han aumentado la cooperación e integración económico-comercial entre sus Miembros y con otras zonas del mundo⁵.

Hacia fines de la segunda guerra mundial, se desarrolla una nueva arquitectura financiera y monetaria global. Los acuerdos de Bretton Woods, establecieron reglas, instituciones⁶ y procedimientos para los países aliados, permitiendo que los flujos de inversión y la circulación de dinero aumentaran dramáticamente haciendo necesario nuevos marcos de protección jurídica para inversionistas y Estados. Esta situación lleva a una masificación de los acuerdos en materias de inversiones, conocidos también como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPIS), Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) o en el caso de los Tratados de Libre Comercio (TLC), los Capítulos de Inversión respectivos.

Los acuerdos en materia de inversión son instrumentos que, con pocas excepciones, todos los países han ido adoptando. En este contexto, Chile ha asumido un rol protagónico en el escenario internacional, y junto a México y Estados Unidos, han suscrito el mayor número de Tratados de Libre Comercio (TLC) a nivel mundial⁷, donde en la mayoría de ellos ha incorporado compromisos en materia de inversión. Adicionalmente, y principalmente en los años noventa, nuestro país negoció una cantidad significativa de APPIS⁸. Por último, y desde sus inicios, Chile es Miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC); acuerdo multilateral que establece una serie de normas que regulan la inversión de servicios en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), entre otras temáticas abarcadas.

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIONES

Si bien los formatos de la negociación y las disciplinas acordadas pueden variar, el principal objetivo de estos compromisos es otorgar certeza jurídica al inversionista extranjero en nuestro país o a los chilenos en el exterior. Esta certeza se expresa en formas distintas:

- (i) mediante la creación de obligaciones genéricas: autoexigencia del Estado de no discriminar al extranjero respecto a sus propios nacionales (o

⁵ Véase el listado de acuerdos comerciales, disponible en OEA: (http://www.sice.oas.org/agreements_e.asp).

⁶ Las tres instituciones creadas son el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

⁷ Disponibles en la página web de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON): <http://www.direcon.cl>.

⁸ Textos y fechas de vigencia disponibles en: http://www.direcon.cl/index.php?accion=otros_acuerdos_appi.

respecto a otros extranjeros); no condicionando el acceso de la inversión para alcanzar porcentajes de contenido nacional en sus exportaciones; no predefiniendo la nacionalidad de los ejecutivos de una compañía; permitiendo la repatriación de utilidades y las transferencias de capitales⁹; o entre otras, estableciendo claramente las causales de una expropiación y la forma en la cual tales actos deban ser indemnizados.

- (i) por el estándar de la protección extendida, no solo la inversión sino también el inversionista (tanto el sujeto como el objeto quedan protegidos): las partes aseguran el debido proceso en cualquier procedimiento criminal, administrativo o contencioso; la debida protección policial, y en algunos casos se incorpora la costumbre internacional como parte del estándar de juicio.
- (ii) a través de la liberalización comercial: esta se produce cuando se congela legislación vigente aplicable a las inversiones cubiertas, en cuanto a los niveles de discriminación, asegurándose así que el país receptor de la inversión no modificará sus regulaciones en el sentido de hacerlas más gravosas (conocido también como efecto “stand still”). De forma similar, si el país receptor de la inversión hubiese adquirido compromisos en una materia abarcada por un acuerdo de inversión, y posteriormente su legislación disminuyera el grado de gravosidad original, tal liberalización quedará automáticamente capturada por el Acuerdo, quedando obligado el Estado a respetar tal legislación para el inversionista extranjero y su inversión (conocido como efecto “ratcheting”).
- (iii) otorgando acceso a tribunales especializados internacionales, en caso de un incumplimiento del acuerdo¹⁰. Las Partes podrían otorgar su consentimiento para ser juzgados ante un tribunal especializado e imparcial: CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados), CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), ICC (Internacional Chamber of Commerce) u otro mecanismo o reglas de solución de diferencias existentes o creadas especialmente.

Desde un punto de vista de política comercial chilena, el salto cualitativo respecto a los acuerdos de inversión (APPI's), se produce a partir de la firma y entrada en vigor de los TLC's (el primero de ellos firmado con Canadá hacia 1995). En este acuerdo, se incluye por primera vez una lista amplia de compromisos en materia de inversiones, adoptados con sujeción a

⁹ El Banco Central de Chile cuenta con algunas limitaciones a los movimientos de capitales, establecidas en su Ley Orgánica Constitucional, que han quedado debidamente resguardadas en los distintos acuerdos.

¹⁰ Adicionalmente a lo que establezca cada acuerdo respecto a la solución de diferencias entre los Estados.

la legislación vigente¹¹. Esto implicó la realización de un rastreo y consolidación de toda aquella legislación que pudiera ser contraria a la aplicación de las disciplinas acordadas.

Como se verá entonces, la liberalización comercial es uno de los puntos más relevantes de estos acuerdos y ha implicado un importante cambio cualitativo como también en la arquitectura jurídica utilizada.

Esta liberalización, se presenta generalmente mediante dos modalidades de negociación distintas; estos son los llamados enfoques de “lista positiva” y “lista negativa”¹²:

- (a) Lista Positiva: las partes definen exactamente la naturaleza del compromiso, enunciando los sectores económicos y condiciones en los cuales se aplicará la disciplina general. Los sectores no mencionados quedarán generalmente exentos de cualquier compromiso.
- (b) Lista Negativa: las partes describen las limitaciones legales existentes o futuras respecto a las disciplinas generales acordadas, liberalizándose todos los otros sectores económicos.

Modelo de Liberalización por acuerdo:

Lista Positiva	Lista Negativa
<ul style="list-style-type: none"> • OMC • Unión Europea • EFTA (sección de servicios) 	<ul style="list-style-type: none"> • Canadá • México • Corea • Centroamérica • Estados Unidos • EFTA (sección de establecimiento para las inversiones) • P4 (sección de servicios) • Ecuador • Perú • Colombia

¹¹ Si bien Chile ya había incorporado algunos compromisos en materia de inversión en servicios bajo OMC, su amplitud y calidad, no son comparables con lo alcanzado en un acuerdo bilateral.

¹² Respecto a estos últimos puntos, resulta necesario mencionar que, en la práctica, se pueden hacer coexistir dos modelos de negociación en la medida que se cumpla con aspectos técnicos importantes que no vienen al caso examinar en este artículo.

OMC/AGCS

La Organización Mundial del Comercio nace como institución el 1 de enero de 1995, y como resultado de negociaciones de la Ronda de Uruguay. Recogió y actualizó los acuerdos relativos a bienes, provenientes del GATT de 1947, además de incorporar nuevas normas en materias como los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias y los exámenes de política comercial.

Al tratarse de un acuerdo multilateral, donde hasta la fecha participan 150 países y en el cual no se permite, *prima facie*, la discriminación entre Miembros, el sistema se sustenta en la liberalización progresiva del comercio mediante rondas de negociaciones.

El fin último de OMC es la eliminación total de las barreras al comercio en las distintas formas y temas que ellas puedan adquirir. Estas mismas características que originalmente fueron señaladas como fortalezas para el sistema multilateral, hoy han demostrado ser la piedra de tope para avanzar en las negociaciones; de hecho, las conversaciones han incorporado variables políticas muy distintas a las comerciales, por lo que hay un panorama poco alentador no solo en cuanto a los resultados esperados para la Ronda de Doha, sino también respecto a la sustentabilidad del sistema en el largo plazo.

Con todo, en el marco de la OMC las inversiones quedan reguladas por las normas del AGCS en cuanto a su componente de servicios; mientras que el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MICs), regula algunos aspectos de las medidas sobre inversiones que pudieran distorsionar y afectar el comercio de bienes.

El AGCS está estructurado en dos grandes áreas: obligaciones y disciplinas generales y compromisos específicos. Respecto a los primeros, los Miembros están obligados a cumplirlos aun cuando no hayan consignado compromisos específicos en los distintos sectores de servicios. En cuanto a los segundos, los Miembros se obligan solo si asumieron compromisos en una serie de sectores que listan voluntariamente (no obstante que una vez realizado existen pocas posibilidades de retirar un compromiso).

APPIS

Son acuerdos específicos en materia de inversión que contienen distintos compromisos asumidos por los países, con el fin de atraer la inversión extranjera. Se establecen ciertas reglas que garantizan reglas del juego mínimas a los inversionistas. También permiten en caso de controversias recurrir a mecanismos internacionales. Como se señaló este tipo de Convenio son de tercera generación ya que su naturaleza es regular una sola materia.

Por otra parte los APPIs regulan las inversiones tanto en bienes como en servicios. En ese sentido es más amplio que el AGCS. Regula y protege las inversiones efectuadas. Las disciplinas que contiene son muchas. Dentro de las más importantes se puede nombrar el nivel mínimo de trato, trato nacional y reglas en materia de expropiación. La primera obliga a otorgar a los inversionistas un tratamiento acorde con el derecho internacional consuetudinario. La expropiación señala reglas claras al inversionista en caso que un Estado quiera hacer uso de esta facultad.

En dicho caso el Estado no puede dictar normas que sean contrarias a las distintas disciplinas que se haya obligado en cada uno de los APPIs. En caso contrario el inversionista tendrá derecho a recurrir al CIADI, CNUDMI u otro mecanismo acordado. Rigen ciertas excepciones de carácter general en materia de seguridad, salubridad, medio ambiente y otras situaciones similares.

En el caso de Chile los APPIS estas protegen al inversionista desde la etapa de que la inversión se encuentra materializada. El único caso que se asumen compromisos en el preestablecimiento es en el caso de los APPIS con la Unión Europea. Esto se sustenta en el Acuerdo de Asociación.

TLC

En cuanto a los TLC se denominan acuerdos de primera o última generación ya que tienen una amplia cobertura incorporan una serie de Acuerdos que rigen la relación bilateral.

En los TLC nuestro país ha tenido una política flexible en materia de negociaciones de Capítulo de inversión siguiendo tanto el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) bajo un enfoque de lista negativa como el de la OMC de lista positiva. Además, se puede distinguir el TLC con la UE que tiene un Capítulo de Servicios, que incluye el modo 3), y mantiene bilateralmente los APPIS (con compromisos en pre-establecimiento).

Los TLCs de enfoques llamados de lista negativa tienen disciplinas similares a los APPIs pero con dos diferencias sustanciales. La primera es que los TLCs incluyen reservas que permiten a las Partes adoptar medidas disconformes en los sectores que se listen.

En esas lista se incluye las medidas vigentes (se conoce como Anexo I). En esta el Estado establece aquellas leyes que son contrarias a las disciplinas del Capítulo y tiene el derecho de aplicarlas sin que pueden ser recurridas por el inversionista. En otro Anexo (conocido como Anexo II) las Partes pueden reservar sectores sensibles aun cuando no haya legislación.

La segunda diferencia es que los TLC (estilo NAFTA) a diferencia de los APPIs (a excepción de la UE) abarcan la etapa del preestablecimiento. En este caso se protege al inversionista desde el momento que tiene el propósito de realizar una inversión (propósito que debe ser fundado). Lo anterior significa que en lo concerniente a la inversión la facultad legislativa del Estado queda limitada desde una etapa inclusive antes de la materialización de la misma.

No obstante existen dos alcances respecto del preestablecimiento. En primer lugar, la intención de invertir se debe probar y será examinado caso a caso. En segundo lugar, las excepciones establecidas en los Anexos I y II también le son aplicables a esta etapa.

EL CONCEPTO DE MEDIDA BAJO LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

Todas aquellas características descritas anteriormente van a converger en un concepto vital para los acuerdos internacionales relativos a inversión, el cual es la “medida”. Si bien este concepto puede no aparecer formalmente en todos y cada uno de los instrumentos descritos, la práctica internacional lo reconoce como el elemento central en la determinación de un incumplimiento por parte de un Estado. Así, toda disciplina que pueda proteger al inversionista deberá ser contrastada a la luz de las acciones adoptadas por el Estado que generen un perjuicio en su contra.

Cuando se explica acepción amplia de “medida”: Independientemente de la definición que la doctrina le otorga a la ley económica internacional, esta abarca todo tipo de normativa. A este respecto, ver Loren van Themaat habla de “todo rango de norma (directa o indirectamente basado en Tratados) de la ley internacional pública, relacionados con transacciones económicas transnacionales”¹³. Asimismo, no resulta difícil encontrar un gran número de ejemplos bajo los TLC firmados por Chile, donde se haya definido este concepto, por ejemplo en Chile-Estados Unidos: “medida incluye cualquier ley, regulación, procedimiento, requisito o práctica”.

Es finalmente este concepto el que materializa la acción u omisión del Estado para con el inversionista, en base a lo estipulado en el acuerdo internacional. Y es este concepto donde se refleja la cesión de soberanía, ya

¹³ THEMAAT, Loren van: *International Economic Law and Series: “International Economic Law and Developing States”*, en: Introduction, *The British Institute of International and Comparative Law*, Edited, 1992, Hazel Fox, p. 13. Traducción no oficial de lo expresado por el autor. ORIGINAL: *International Economic Law and Series, “International Economic Law and Developing States, an Introduction, The British Institute of International and Comparative Law”*, Edited by Hazel Fox, 1992, página 13. Traducción no oficial de lo expresado por el autor.

que como se mencionó, el Estado a través de cualquiera de sus instituciones en las que hayan sido delegadas facultades regulatorias, se compromete a cumplir con el compromiso adquirido internacionalmente.

CONCLUSIÓN

Son múltiples, distintas y amplias las implicancias que tienen los distintos acuerdos de inversión sobre la soberanía. Tal como se explicó, en los Tratados de Libre Comercio de enfoque lista negativa las Partes asumen dos compromisos muy fuertes: el de “stand still” y “ratcheting”. Solo las reservas presentadas en materia de las disciplinas establecidas en el Acuerdo les confieren “libertad legislativa”. En todas las otras áreas de la actividad económica, el país no puede dictar normas que sean disconformes con ciertos compromisos del Tratado (trato nacional, presencia local, trato de nación más favorecida, altos ejecutivos y directorios etc). Esta obligación se extiende inclusive respecto del inversionista que tiene la intención de invertir (etapa de preestablecimiento)¹⁴.

En el caso del AGCS y los Tratados de enfoque de lista positiva como el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, las Partes también limitan su facultad regulatoria, aunque es este caso, tal como se describió anteriormente, las consecuencias son diferente. No existe la etapa de preestablecimiento pero generalmente son muchos más los compromisos que se asumen en materia de entrada (acceso a mercados).

Respecto de los APPIS evidentemente que las obligaciones asumidas va a depender de Acuerdo suscrito pero se pueden dar dos ejemplos de renuncia de jurisdicción: el primero es que todos ellos establecen la posibilidad de recurrir a mecanismo internacionales alternativos de solución de controversia, que implica atribuir poderes a Tribunales arbitrales extranjeros; segundo, muchos establecen la obligación de permitir la transferencia de capitales y el Estado, salvo bajo las condiciones establecidas en el mismo Tratado, no puede suspender este derecho.

Además, tal como se indicó anteriormente, en todos los Acuerdos suscritos el concepto de medida es amplio y abarca todo rango de normativa y en los distintos tipos de niveles (gobierno nacional, regional y municipal-local). No solo son los legisladores los que deben examinar que las leyes que dicten sean compatibles con los compromisos internacionales asumidos sino

¹⁴ En el TLC con Estados Unidos se define al inversionista como “una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”.

que las Municipalidades e Instituciones pertinentes también deben realizar tal análisis. Por ejemplo las circulares, ordenanzas, decretos, reglamentos caben dentro del concepto de medida. Inclusive hay quienes señalan que se extiende a las autorizaciones y licencias¹⁵.

Teniendo presente las consideraciones anteriores, no existe una respuesta. Claramente el Estado asume limitaciones pero ¿en un mundo globalizado, puede un Estado autónomamente cumplir todos sus fines? ¿El comercio internacional produce beneficios?

La especialización, la eficacia y la sinergia de la actividad económica de los países suponen el intercambio comercial. El Estado no está solo, forma parte de una comunidad internacional. La única manera de lograr el bienestar es mediante la integración. Cuando José Pastor argumenta acerca de la dimensión jurídica de la soberanía del Estado señala que esta tiene un carácter funcional “porque si el Derecho Internacional reconoce soberanía a los Estados es precisamente para que estos realicen sus funciones. Las funciones del Estado consisten en velar por los intereses generales y permanentes de la comunidad humana asentada sobre un territorio, y la justificación y el fundamento último de la soberanía reside en el cumplimiento de esa función”¹⁶. En este contexto está plenamente justificada la cesión de soberanía en materia comercial si sirve como herramienta legítima para lograr los intereses de la sociedad.

Nagan y Hammer señalan que el concepto de soberanía puede ser entendido en múltiples acepciones y este se confronta con los desafíos del mundo globalizado¹⁷. Esto no significa cesión de soberanía sino cambio. Inclusive la soberanía puede verse fortalecida en la medida que cambia para lograr nuevas necesidades y oportunidades.

Adicionalmente, hay que considerar que la renuncia no es unilateral. El inversionista o proveedor de servicios chileno va a quedar en una situación privilegiada cuando realice negocios en el territorio de la otra Parte. No se le van a cambiar las reglas del juego, y va poder recurrir a un tribunal imparcial (APPI's y TLC's) o si la situación es generalizada una Parte podrá recurrir en contra de otra (APPI's y TLC's y OMC).

Cabe recordar que todos los acuerdos internacionales implican una renuncia a la soberanía ya que para dejarlos sin efecto se requiere el concurso

¹⁵ No existe claridad sobre este punto ya que este tipo de regulaciones podrían caer bajo el concepto de Reglamentación Nacional. Sin embargo a la fecha no hay ningún caso que se haya pronunciado sobre esta materia. Por su parte en la AGCS, tal como se señala en el artículo XX, los Miembros deberán establecer mayores compromisos sobre esta materia, lo que podría aclarar este tema.

¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, p. 281.

¹⁷ NAGAN, Winston P. y HAMMER, Craig: “The Changing Character of Sovereignty In International Law And International Relations”, p. 14 (traducción no oficial).

de otro. También es importante tener presente que no es único y propio de los Acuerdos de Inversión que limiten la soberanía. Desde que se crean los Estados estos han cedido, por diversas razones o hechos, soberanía.

Eso sí, no puede ignorarse que los países están sometidos a fallos que son emitidos por tribunales internacionales y establecen limitaciones a la soberanía. Primero, el solo hecho de recurrir a una instancia distinta a la de los tribunales locales implica una renuncia a la facultad de jurisdicción. Segundo, muchos de los fallos son discutibles.

Eso si presentar una controversia ante un tribunal internacional independiente no genera polémica. Inclusive las sentencias arbitrales pueden ser aclaratorias de las disciplinas del Tratado y otorgar certeza jurídica. Sin embargo, la misma UNCTAD ha señalado que “ha habido también algunas sentencias incoherentes que han contribuido a crear incertidumbre. Además, se ha expresado preocupación ante la posibilidad de que se entablen múltiples procesos sobre una misma serie de hechos, lo que aumentaría el costo de la solución de controversias y crearía el riesgo de obtener resultados incoherentes”¹⁸.

No son pocos los casos que se pronuncia sobre materia de inversión. Para finales del año 2006 el total de los casos inversionistas-Estado había alcanzado un total de 258¹⁹. Cabe señalar que 160 se sometieron al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La mayoría de los otros casos se iniciaron con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

En el CIADI, Chile mantiene un fallo arbitral pendiente en el caso MTD²⁰, empresa de Malasia²¹ que en los años 90 manifestó su intención de realizar un proyecto inmobiliario en el país. Después que los malayos realizaran inversiones iniciales, la Municipalidad le negó los permisos de realizar el proyecto al ser incompatible con el plano regulador local. Se falló en contra del Estado de Chile por no dar información suficiente al inversionista sobre el plan regulador²².

Si bien el fondo del caso versa sobre la disciplina de trato justo y equitativo hay una relación respecto de la facultad del Estado de determinar soberanamente el destino del uso del suelo.

¹⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD en sus siglas en inglés), Documento TD/B/COM.2/EM. 21 de mayo de 2007, p. 9.

¹⁹ Fuente: UNCTAD. Solo se incluyen aquellos casos en los que se trabó la litis y no aquellos en que aún se encuentran en su etapa de notificación.

²⁰ Adicionalmente existen otros dos casos cuya sentencia se encuentra pendiente.

²¹ Entre Chile y Malasia existe un APPI plenamente vigente desde agosto de 1995.

²² El Estado de Chile recurrió de nulidad en contra del caso; actualmente, se encuentra en etapa de ejecución.

Lo anterior confirma que el poder de discrecionalidad de los países queda condicionado a no dictar medidas que sean contrarias a los compromisos asumidos en materia de inversión. Se puede continuar legislando pero las normas no pueden ser contrarias a los compromisos asumidos.

A este respecto, los países deben obligarse en la medida que los Acuerdos sean coherentes con sus políticas económicas y siempre y cuando estén dispuestos y puedan renunciar parcialmente a su poder de establecer distinto tipo de medidas.