

# ASPECTOS AMBIENTALES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO EE.UU- CHILE: DOS PASOS ADELANTE, UN PASO ATRÁS, PERO UN GRAN PASO ATRÁS

Patricio Leyton F.<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Se ha discutido extensamente en el derecho ambiental internacional cuál es la relación entre comercio internacional y la protección del medio ambiente. Mientras algunos han argumentado una relación directa de manera que si el comercio aumenta, consecuentemente se produce una notoria mejoría en la protección del medio ambiente, otros, por el contrario, han criticado estas conclusiones sugiriendo que un aumento del comercio internacional produce inevitablemente un aumento en los niveles de contaminación e impactos en los recursos naturales.<sup>2</sup>

Chile dejó atrás estas discusiones. Unilateralmente bajó sus aranceles mucho antes que sus vecinos en la región, luego de lo cual ha firmado acuerdos de libre comercio con sus principales socios comerciales.<sup>3</sup> Consecuentemente, la pregunta para Chile no es ¿comerciar o no comerciar?, sino, ¿cómo y bajo qué condiciones se debe desarrollar el comercio?<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado, Profesor de la cátedra de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y socio del estudio jurídico Urrutia & Cía.

<sup>2</sup> Para un completo estudio de los diferentes argumentos para ambas posturas, ver Heather Corbin, El Borrador del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos – Chile: Reconciliando el Libre Comercio y la Protección Ambiental, 14 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y 119 at 120. Ver también Alex Nelson, Avances en Comercio y Medio Ambiente, 2002 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y 69, 2002 YEARBOOK, en página 69.

<sup>3</sup> Casi el 75% del comercio internacional de Chile es regulado por acuerdos de libre comercio. Chile ha firmado aproximadamente 50 acuerdos bilaterales de inversión, 37 acuerdos de transporte aéreo y 13 acuerdos para evitar la doble tributación. Chile tiene acuerdos de comercio con la mayoría de los países de Latinoamérica, con Canadá, la Unión Europea y otros. Ver Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Direcon, 2003 en página 1.

<sup>4</sup> Id. en páginas 5 y 6.

Por otra parte es necesario tener presente que la política ambiental de Chile ha sido frecuentemente influenciada por las negociaciones comerciales. No es coincidencia que en 1994, cuando Chile esperaba ser socio del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (en adelante ALCAN), el país aprobara la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley No 19.300.<sup>5</sup> Por otra parte, al competir Chile en los mercados internacionales se abre a la posibilidad de que nuestros competidores reclamen contra los niveles de protección ambiental de nuestro país, los cuales, en la medida que sean demasiado bajos, pueden ser considerados como un dumping ambiental.

Consecuentemente, es pertinente analizar y revisar las normas dentro del Tratado de Libre Comercio firmado con los Estados Unidos (en adelante TLC) que puedan tener eventuales impactos en la política ambiental chilena. Para proceder a esto, este trabajo analizará detenidamente la experiencia de los 10 años de aplicación del ALCAN dado que, no obstante existir importantes y significativas diferencias entre uno y otro Acuerdo, no es menos cierto que, en su esencia, son similares.

De esta manera, este trabajo comenzará por revisar las principales disposiciones del Capítulo 19 del TLC, referidas a la protección del Medio Ambiente, centrándose en las principales obligaciones que surgen de él. Adicionalmente, se abordarán las disposiciones que regulan el proceso de participación pública y, en particular, aquello que pareciera ser la principal flaqueza del capítulo: la eliminación del procedimiento que permite a la ciudadanía presentar reclamos en contra de los gobiernos por no cumplir o hacer cumplir su propia legislación ambiental. También se revisarán las oportunidades de cooperación que se establecen en el Capítulo y en el Acuerdo de Cooperación Ambiental.

En la segunda parte, este trabajo se referirá a las normas de protección de inversión establecidas en el Capítulo 10. No obstante que estas normas no se refieren directamente a la temática ambiental, en el contexto del ALCAN, se han presentado una serie de casos que han dado pie para que se haya alegado que esta normativa ha tenido un efecto congelador del poder regulatorio del Estado. Pondremos especial atención en las normas que dicen relación con la expropiación, centrándonos en la expropiación indirecta o regulatoria. Los tres factores establecidos para determinar si se ha producido una expropiación indirecta serán analizados en el contexto de la jurisprudencia de los Estados Unidos, país donde se aplicaron y desarrollaron por primera vez. Presentaremos a su vez algunos comentarios sobre las implicancias de usar esos factores en abstracto, esto es, fuera del sistema legal y el contexto dentro del cual fueron creados.

Finalmente, este trabajo presentará algunas conclusiones y comentarios sobre las contribuciones del TLC a la política ambiental chilena y los aspectos sobre los cuales debe ponerse especial atención en el futuro.

## I. CAPÍTULO 19 DEL TLC CHILE – EE.UU.

Este capítulo es el que trata los temas ambientales en el TLC. Esto per se es un interesante progreso en relación con previos acuerdos de libre comercio y, en particular, con el ALCAN.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000, pág.33.

<sup>6</sup> En el ALCAN existen Acuerdos de Cooperación para materias Ambientales y Laborales. Esta nueva estructura fue desarrollada en el Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU – Jordania y se ha aplicado en todos los acuerdos de libre comercio a la fecha.

En los acuerdos anteriores, mientras los temas relativos al comercio e inversiones eran abordados en el convenio principal, los temas laborales y ambientales eran desarrollados en acuerdos paralelos. En los acuerdos de libre comercio más modernos, siguiendo el mandato del Congreso de los Estados Unidos, se intenta dar un trato equivalente tanto a los temas de comercio como a los ambientales y laborales.

## 1. Principales obligaciones establecidas en el TLC

El Capítulo contiene tres obligaciones principales que desarrollaremos en detalle: (1.1) Un compromiso de mantener altos niveles de protección ambiental y perfeccionar esta legislación; (1.2) Una obligación de no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental; y (1.3) Un compromiso de no debilitar o dejar de aplicar la legislación ambiental con el propósito de atraer comercio o inversión.

### (1.1) Mantener altos niveles de protección ambiental.

Las Partes reconocen que cada país tiene el derecho soberano a elegir su propio nivel de protección ambiental. Tienen, sin embargo, como contraparte a este derecho, la obligación de asegurar que su legislación provea altos niveles de protección ambiental, los cuales deben ser mejorados continuamente. Consecuentemente, y esto fue clave para Chile en las negociaciones, en la medida que el país tenga “un alto nivel de protección ambiental”, tiene el libre derecho a determinar cuál nivel, dentro de este “alto nivel”, es el apropiado para su realidad.<sup>7</sup>

De esta manera, Chile no está obligado a seguir o aplicar los estándares de los Estados Unidos, en la medida que logre un alto nivel de protección del medio ambiente. El principal objetivo de esta disposición es evitar que los países adquieran ventajas comerciales a través de la reducción de sus estándares ambientales de manera de entregar a menor costo sus productos en el mercado de la otra parte.<sup>8</sup>

### (1.2) Hacer cumplir efectivamente la Legislación Ambiental.

Pero tener altos estándares no es suficiente. En muchas oportunidades en nuestro continente<sup>9</sup>, al igual que en Chile<sup>10</sup>, se han aprobado leyes muy modernas desde el punto de vista de la protección del ambiente pero que en la práctica no se han hecho cumplir adecuadamente.<sup>11</sup> En consecuencia, y con el propósito de enfrentar este problema, la Partes se comprometieron no sólo a tener altos niveles de protección sino que, además, a “no dejar de aplicar

<sup>7</sup> Esto ha sido el centro de muchas disputas en el marco de la Organización Mundial de Comercio como el “Caso Carne-Hormonas” y el “Caso Salmón Australiano”.

<sup>8</sup> Alistair Ulph y Laura Valentini, ¿Es el Dumping Ambiental Mayor cuando las Plantas están Sueltas?, Revista Escandinava de Economía, Volumen 103, Tomo 4, diciembre 2001, pág. 673.

<sup>9</sup> El profesor Pierre Foy de la Universidad Católica de Perú mencionó a su país como un clásico ejemplo donde se aprobaba gran cantidad de legislación ambiental pero donde no se exigía su cumplimiento. Charla del Sr. Foy en el Departamento de Clínicas de Derecho de la Universidad de Chile, noviembre de 2003.

<sup>10</sup> Un caso emblemático fue la dictación de la Ley 3.133 en 1916 que prohibía la descarga de riles en las aguas. Esta Ley fue dictada como respuesta a un caso de contaminación de las aguas del río Aconcagua. El reglamento que hacía efectiva la legislación sólo fue dictado 76 años después. Un caso en la actualidad dice relación con la Ley 18.362, de 1984, que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado que requiere, para su efectiva entrada en vigencia, la dictación del reglamento de la CONAF.

<sup>11</sup> Existe un interesante trabajo desarrollado por la Red Internacional de Cumplimiento y Ejecución Ambiental (International Network for Environmental Compliance and Enforcement). Para mayor información ver en [www.inece.org](http://www.inece.org).

efectivamente su legislación ambiental”.<sup>12</sup> Ahora, se entiende que un país ha fallado en la aplicación de su legislación ambiental cuando incurre en “un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”.<sup>13</sup>

Esta redacción es similar a la contenida en el Acuerdo de Cooperación Ambiental del ALCAN con una notable excepción. En dicho acuerdo esa falla en el cumplimiento de la legislación ambiental no necesariamente debía afectar el comercio entre las partes, mientras que en el TLC, esto es de la esencia.<sup>14</sup> De esta manera, esta disposición está dirigida a limitar los reclamos entre Partes sólo a aquellos casos en que la falta de cumplimiento de la legislación ambiental se relaciona directamente a temas comerciales. Si bien esto puede parecer razonable desde una perspectiva de comercio, sin duda que limita la influencia que el TLC tendrá en el cumplimiento y fiscalización de la legislación ambiental.<sup>15</sup>

Según se mencionó anteriormente, el objetivo de esta norma es evitar que los países intencionalmente bajen el nivel de cumplimiento de la legislación ambiental para retener o atraer a la industria de su contraparte.

Ratificando lo establecido en el ALCAN, las Partes se reservaron el derecho a ejercer facultades discrecionales en lo que dice relación con los asuntos indagatorios, de acciones ante tribunales, de regulación y de cumplimiento de las normas, y de tomar decisiones relativas a la destinación de recursos para el cumplimiento y fiscalización de la legislación. Consecuentemente, las Partes entienden que una parte cumple con esta obligación cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos.

Es importante tener presente que es fina la línea entre una decisión discrecional y una arbitraria. Corresponderá al sistema de resolución de conflictos determinar dónde se rayará esta línea pero sin duda esto será materia de discusión si el capítulo va a tener alguna aplicación. Desafortunadamente según se desarrollará más abajo, no existe una oportunidad para la sociedad civil para presentar reclamos respecto del incumplimiento de las obligaciones de los Estados, lo que disminuirá significativamente la efectividad de la norma.

(1.3) No debilitar la Legislación Ambiental para atraer inversión.

Finalmente, las Partes acordaron hacer todos los esfuerzos para no debilitar o, de alguna manera, dejar de aplicar su legislación ambiental, ni ofrecer hacerlo, para debilitar la protección ambiental con el propósito de promover el comercio o la inversión. Esto es solo un corolario de la obligación detallada anteriormente.

---

<sup>12</sup> Artículo 19.2 del TLC.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> El artículo 5 del Acuerdo de Cooperación Ambiental del ALCAN dispone que con el objetivo de obtener altos niveles de protección y cumplimiento de su legislación y normativa ambiental, cada parte deberá efectivamente cumplir su legislación y normativa ambiental a través de la apropiada acción gubernamental.

<sup>15</sup> Esta conducta no sería considerada un subsidio accionable que justifique la imposición de derechos compensatorios según el derecho de comercio. Ver, en general, David A. Gantz, Una Introducción al Derecho del Comercio Internacional en los Estados Unidos Post-Ronda de Uruguay, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 7, 48-53, 81-85 (1995). Esto es lo que Marley S. Weiss llama el compromiso anti-relajación. Revista de Derecho de la Universidad de San Francisco, 37 U.S.F.L. Rev. 689, Derechos Laborales según los TLC desde el ALCAN, hasta Jordania, vía Chile, hacia Latinoamérica y más allá, pág. 714.

Estas tres obligaciones son el centro del Capítulo 19. De éstas, sólo la segunda queda cubierta por el procedimiento de solución de conflictos del TLC y bajo condiciones muy particulares según se explicará más adelante.

## 2. Participación de la Sociedad Civil en los Tems Ambientales

El TLC, en esta área, es donde tiene su gran retroceso cuando se lo compara con el ALCAN.<sup>16</sup> Este retroceso dice relación con la eliminación del sistema de reclamos de la comunidad, el cual, no obstante, requería de algunas mejoras; al menos, establecía la posibilidad de que la sociedad civil pudiese hacer presentaciones directas a la Comisión de Cooperación Ambiental cuando una de las partes no cumplía con sus obligaciones.<sup>17</sup>

Esta eliminación ha sido fuertemente criticada por los grupos ambientalistas<sup>18</sup> pues este mecanismo ha sido un importante instrumento para lograr el cumplimiento de la legislación ambiental de las partes.<sup>19</sup>

En el TLC, si bien no se elimina este sistema por completo, la única posibilidad para reclamar por la falta de cumplimiento de la legislación ambiental de una de las Partes, es a través del proceso Estado-Estado, el cual nunca se ha usado en el contexto del ALCAN.<sup>20</sup> Todos los casos presentados en el ALCAN han tenido su origen en reclamos ciudadanos, de manera que su eliminación transforma este mecanismo en meramente teórico.

El TLC solamente establece las “Oportunidades para la Participación Pública”, según las cuales la comunidad puede dirigir comunicaciones a la Comisión en materias relativas a este Capítulo. Por su parte, los contratantes acordaron que deben hacer pública cualquier comunicación que reciban y se obligan a responderlas desplegando sus mejores esfuerzos.<sup>21</sup>

Desde el punto de vista institucional, el TLC crea, a nivel ministerial, el Consejo de Asuntos Ambientales, que debe evaluar la implementación y el progreso del Capítulo ambiental. El Consejo tiene, además, la obligación de implementar un proceso para promover la participación de la comunidad en su trabajo, recibiendo las observaciones de la comunidad al preparar las agendas de las reuniones del Consejo y generando diálogos con éstas.

<sup>16</sup> Greg Block, 33 *Envtl. L.* 501, Comercio y Ambiente en el Hemisferio Oeste: Expandiendo el Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental a las Américas, pág. 510.

<sup>17</sup> Este proceso comienza con la presentación de un ciudadano u organización no gubernamental al Secretariado de la Comisión. Posteriormente, el proceso pasa a través de varias etapas administrativas que eventualmente puede terminar con la publicación de un expediente de hecho sobre los temas presentados por el público. El expediente de hecho describe la historia del conflicto y los hechos relevantes para la presentación. Para más información ver la Guía de la Comisión en [www.cec.org](http://www.cec.org).

<sup>18</sup> Comentarios al Borrador Ambiental del TLC Chile-EEUU por las siguientes ONG: American Lands Alliance, Center for International Environmental Law, Consumer's Choice Council, Defenders of Wildlife, Earthjustice, Friends of the Earth, National Wildlife Federation, Natural Resources Defense Council, Pacific Environment, Sierra Club, World Wildlife Fund, Noviembre 20, 2001.

<sup>19</sup> Id. Ver también a Greg Block quien se manifiesta a favor de extender el derecho de hacer presentaciones ciudadanas, *supra* nota.

<sup>20</sup> Reporte al Presidente del Subcomité de Comercio, Comité de Compras y Adquisiciones (Committee on Ways and Means), Cámara de Diputados, Experiencia de los EE.UU. en Casos de Solución de Conflictos en temas Ambientales, Laborales y de Inversión, Julio 2001, pág. 9. Ver también Greg Block, pág. 536.

<sup>21</sup> Artículo 19.4 del TLC.

Según lo expresado anteriormente, este es el principal paso atrás del TLC en relación con el ALCAN, pues se eliminó el procedimiento para hacer presentaciones por parte de la sociedad civil. Este procedimiento también fue modificado en el TLC con Singapur por lo que podría considerarse como un giro de la política norteamericana (más que el resultado de una negociación del gobierno de Chile), tal vez pensando en que podría ser el futuro Tratado de Libre Comercio de las Américas.

### 3. Solución de Conflictos

Las partes acordaron un procedimiento específico de consultas para cualquier disputa o conflicto que surja a raíz de este Capítulo. Este procedimiento consiste en que la parte interesada puede solicitar consultas a la otra Parte en cualquier momento y sobre cualquier tema que diga relación con el Capítulo ambiental. Si, una vez realizados todos los esfuerzos para resolver el tema en cuestión, las Partes no pueden solucionar el asunto, cualquiera de ellas puede solicitar, por escrito, a la otra, que se constituya el Consejo de Asuntos Ambientales.

Sin embargo, si la diferencia dice relación con la obligación establecida en el artículo 19.2 (a) referida en el número (1.2)<sup>22</sup> arriba, y las partes no han podido resolver el asunto dentro de 60 días contados desde la solicitud de consultas antes mencionada, la parte reclamante puede recurrir al sistema de resolución de conflictos del Capítulo 22.

Este procedimiento de solución de conflictos es el sistema general establecido para las disputas dentro del TLC. Dentro de este procedimiento las Partes acordaron sanciones económicas para el caso de incumplimiento pero bajo circunstancias bastante acotadas. A saber, que el Panel establezca que una de las Partes ha incurrido en un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes. Luego que el Panel determine un plan de acción para resolver el problema. Si el plan no se ejecuta adecuadamente, el Panel puede establecer una evaluación monetaria de cumplimiento (monetary enforcement assessment), que debe ser pagado para financiar iniciativas dirigidas a reforzar la capacidad institucional y la aplicación de la normativa ambiental en la Parte reclamada. Sólo una vez que se ha desarrollado este procedimiento, y si la evaluación monetaria no se ha pagado, la parte reclamante puede adoptar otras medidas incluyendo, entre otras, la suspensión de los beneficios comerciales con el propósito de recaudar el monto de la evaluación.<sup>23</sup>

Si bien es cierto que, en algún momento, se planteó la posibilidad de establecer estas sanciones económicas directamente, ello se rechazó pues podía generar situaciones muy tensas desde el punto de vista diplomático sin que se agotasen todos los medios de negociación.

---

<sup>22</sup> La falta de la Parte de hacer cumplir efectivamente su legislación ambiental.

<sup>23</sup> Edda Rossi, "El TLC de las Américas: Pasado, Presente y Futuro", Universidad de McGill, Marzo 2003.

#### 4. Aspectos Procedimentales

En relación con estos aspectos, las Partes acordaron establecer procedimientos para sancionar o compensar el incumplimiento de la legislación ambiental en caso que ellos no existan en la legislación de cada país. Un asunto interesante dice relación con “las sanciones y reparaciones apropiadas y eficaces para las infracciones de la legislación ambiental”.

En esta materia, las Partes acordaron que las sanciones:

(i) tomarán en consideración la naturaleza y la gravedad de la infracción, como también cualquier beneficio económico obtenido por el infractor, su condición económica y otros factores pertinentes; y

(ii) podrán incluir acuerdos de cumplimiento, penas, multas, encarcelamiento, mandamientos judiciales, cierre de instalaciones y el costo de contener o limpiar la contaminación.

Esto parece interesante considerando que durante el año 2004 la Comisión Nacional del Medio Ambiente distribuyó un documento donde presentaba una serie de modificaciones a la legislación ambiental, proponiendo revisar el sistema de sanciones.<sup>24</sup> De esta propuesta no se ha sabido mucho, pero en caso de revitalizarse se deberá tener presente el compromiso de Chile en el contexto del TLC.

Otro tema que se debe atender dice relación con la definición de legislación ambiental. El Capítulo la define como “cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humanas, mediante: (a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; (b) el control de sustancias o productos químicos, otras sustancias, materiales o desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ello; o (c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluso las especies en peligro de extinción, su habitat y las áreas naturales bajo protección especial, en el territorio de la Parte, pero no incluye ninguna ley o regulación, o disposición de las mismas, relacionada directamente con la salud o la seguridad en el trabajo.”

Se dispone específicamente que esta definición no incluye los estatutos, leyes, reglamentos o regulaciones, cuyo objetivo principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales, o la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o efectuada por poblaciones indígenas.

---

<sup>24</sup> Bajo el número V, la CONAMA ha sugerido la reestructuración del sistema de cumplimiento y sanción, regulando el procedimiento de sanción, estableciendo un catálogo de sanciones de acuerdo a la gravedad de la infracción, definiendo un rol para la CONAMA y clarificando las diferentes competencias de las agencias que participan en el proceso.

## 5. Cooperación Ambiental

En esta materia, las Partes acordaron, fundamentalmente, reforzar la capacidad gubernamental para velar por la protección del medio ambiente. Consecuentemente, se comprometieron a cooperar en una serie de temas que se detallan en el anexo del Capítulo. Estos temas, que pueden ser de mucho interés para la comunidad académica, son:

- (a) Desarrollo de un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes (RETC) en Chile.
- (b) Reducir la Contaminación Minera.
- (c) Mejorar la Certeza del Cumplimiento y Fiscalización Ambiental.
- (d) Compartir la Experiencia del Sector Privado.
- (e) Mejorar las Prácticas Agrícolas.
- (f) Reducir las Emisiones de Bromuro de Metilo.
- (g) Mejorar la Protección y el Manejo de la Vida Silvestre.
- (h) Aumentar el Uso de Combustibles Limpios.

Además de lo anterior, las Partes firmaron un Acuerdo de Cooperación Ambiental que establece un marco de cooperación para promover la conservación y protección del medio ambiente, la prevención de la polución y la degradación de los recursos naturales y los ecosistemas, y la utilización racional de los recursos naturales, en apoyo al desarrollo sustentable.

Desde el punto de vista institucional, el acuerdo creó la Comisión Conjunta para la Cooperación Ambiental (la "Comisión"). Esta Comisión es presidida en forma conjunta por funcionarios de alto rango del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Las actividades de cooperación se estructuran alrededor de Programas de Trabajo, los cuales reflejan las prioridades nacionales de cooperación. Estos Programas deben incluir actividades relacionadas con la recolección y publicación de información comparable sobre la legislación ambiental de las Partes, indicadores y actividades de cumplimiento; el intercambio de información sobre políticas, legislación y prácticas ambientales en ambos países; el intercambio de información en la implementación de acuerdos ambientales multilaterales de los cuales son parte Chile y los Estados Unidos; y la promoción de buenas prácticas que se dirijan a una administración sustentable del medio ambiente.

En nuestra opinión, tanto esta sección del TLC como el Acuerdo de Cooperación son de gran importancia para Chile. La priorización de áreas de interés específicas es de gran utilidad. Sin embargo, no haber fijado un programa de trabajo concreto, cronograma o destinación de recursos puede significar, como muchas veces ocurre, que las buenas intenciones nunca se materializan por falta de presupuesto o un cronograma claro. Sólo la implementación del TLC podrá mostrar si efectivamente se da cumplimiento a estas disposiciones o si queda en letra muerta.

## II. CAPÍTULO DIEZ: INVERSIONES

Si bien es cierto este Capítulo no dice relación directa con temas ambientales, la aplicación del Capítulo 11 del ALCAN, que sirve de base para el Capítulo 10 del TLC, ha impactado directamente en la política ambiental de sus partes. Algunos han alegado que este Capítulo ha tenido “un efecto congelante en el aumento de los estándares ambientales y que otorga a los inversionistas la posibilidad de cuestionar judicialmente la normativa ambiental”.<sup>25</sup> Aun más, otros han agregado que el Capítulo ha sido una base para “un ataque extraordinario a la actividad normal del gobierno tal como hacer funcionar el sistema judicial a través de las cortes, denegar un permiso de construcción o establecer regulaciones para proteger la salud u otros intereses públicos”.<sup>26</sup>

Esto fue un tema de gran preocupación para los negociadores chilenos debido al impacto que podría producir en la dictación de normativa ambiental en el futuro, especialmente considerando que ésta es bastante joven.<sup>27</sup> Incluso, algunos académicos advirtieron que si el TLC se redactaba de manera similar a la del ALCAN, no era conveniente para Chile que lo firmase.<sup>28</sup>

Algunos casos han sido citados por su potencial impacto al derecho de los Estados a desarrollar sus propios estándares ambientales. Estos casos son el caso Ethyl<sup>29</sup>, donde una compañía utilizó el Capítulo 11 del ALCAN para cuestionar una prohibición de Canadá a la importación de MMT, un aditivo para gasolina. Este caso se solucionó extrajudicialmente con el pago por parte del gobierno de Canadá de 13 millones de dólares; el caso Metalclad<sup>30</sup>, donde un tribunal arbitral determinó que la negativa a emitir un permiso y el establecimiento de una reserva ecológica constituían una expropiación; el caso S.D. Myers<sup>31</sup>, donde un panel arbitral decidió que las acciones de Canadá para prevenir la exportación de PCB eran intentos “razonables” para cumplir con sus obligaciones según la Convención de Basilea, pero que existían otras alternativas para cumplir con dichas obligaciones que eran menos inconsistentes con el ALCAN.

<sup>25</sup> Supra nota, Comentarios al Borrador del Capítulo Ambiental del TLC EEUU - Chile por una serie de ONG.

<sup>26</sup> ALCAN, Capítulo 11, Casos Inversionista - Estado: Llevando a la Quiebra la Democracia: Lecciones para el Fast Track y el Área de Comercio Libre de las Américas, 2001, <http://www.citizen.org/documents/ACF186.PDF>; Ver también Howard Mann y Konrad von Moltke, El Capítulo 11 y el Medio Ambiente: Abordando los Impactos del Proceso Inversionista-Estado en el Medio Ambiente (IISD, Working Paper, 1999), <http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf>.

<sup>27</sup> Un representante chileno del Ministerio de Relaciones Exteriores sostuvo que “Chile es un país donde probablemente habrá gran cantidad de cambios regulatorios en el futuro. Hay mucho trabajo que hacer en el área y la exposición a las demandas de inversionistas como las del ALCAN, donde estos aleguen que los cambios regulatorios han sido asimilables a expropiaciones indirectas y demanden enormes compensaciones de millones de dólares, puede ser muy difícil para Chile”, Reporte Diario para Ejecutivos (BNA), enero, 31, 2002.

<sup>28</sup> Conversación con Philippe Sands sobre el ALCAN y el TLC con Chile en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, agosto 2003.

<sup>29</sup> Documentos relacionados con esta acción pueden ser revisados en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ethyl-en.asp> y en <http://www.naftalaw.org>.

<sup>30</sup> Metalclad Corp. v. Estados Unidos Mexicanos, 16 ICSID Rev. Foreign Inv. L.J. 168 (2001) (Centro Internacional para Solución de Conflictos de Inversión, agosto 30, 2000), se puede encontrar en página 40 I.L.M. 36 (2001)

<sup>31</sup> S.D. Myers, Inc. v. Gobierno de Canadá, Solución Parcial (Nov. 13, 2000), 40 I.L.M. 1408, disponible en [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward\\_final\\_13-11-00.pdf](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-11-00.pdf).

En estos casos se presenta abiertamente el conflicto entre la protección al derecho de propiedad (que en el ámbito internacional se traduce en la protección de la inversión) y el poder regulatorio de los Estados en materia ambiental. En los Estados Unidos, este conflicto se regula por la doctrina de la expropiación que nace de la aplicación de la Quinta Enmienda a la Constitución Americana.<sup>32</sup> Según esta Enmienda, todo ciudadano tiene garantizado el derecho a que el gobierno no le podrá expropiar su propiedad sin la adecuada y justa compensación.<sup>33</sup> De esta manera, se produce una expropiación cuando el gobierno toma, ocupa, o regula la propiedad de manera tal que interfiere sustancialmente con el derecho del propietario de obtener el completo beneficio de su propiedad.<sup>34</sup> Consecuentemente, las expropiaciones se clasifican en expropiaciones físicas, regulatorias o indirectas y exacciones.<sup>35</sup>

En el TLC, los negociadores enfrentaron el tema de la expropiación y la compensación en el artículo 10.9., al disponer que ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea: por causa de utilidad pública; de una manera no discriminatoria;<sup>36</sup> mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con el debido proceso y la Norma sobre Estándar Mínimo.

En caso de desarrollarse un procedimiento de expropiación, dispone el mismo artículo, la compensación debe ser pagada sin demora; ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo; no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y ser completamente liquidable y libremente transferible.<sup>37</sup>

Es importante destacar que el artículo 11.10 del ALCAN, que regula la expropiación, incluye las medidas incluso “parecidas (tant a mount) a la nacionalización o expropiación”. La remoción de este concepto es una importante mejora pues con esta redacción algunos pretendían que el Tratado establecía un nuevo estándar de protección que incluiría cualquier limitación en la propiedad aun cuando no fuese una deprivación total o cercana al total.<sup>38</sup>

De esta manera, el TLC establece dos categorías de expropiación: Directa e Indirecta. El Acuerdo dispone que existe una expropiación directa “en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio”.<sup>39</sup> Las expropiaciones directas son casos fáciles. Están representadas por la clásica controversia producida cuando un Estado nacionaliza o ex-

<sup>32</sup> “...y no se privará la propiedad privada para uso público, sin compensación justa”.

<sup>33</sup> Esta Enmienda tiene sus orígenes en las costumbres jurídicas del siglo 18 y 19 en Inglaterra donde le fue prohibido al rey la adquisición de la propiedad de un súbdito sin pagar una adecuada compensación.

<sup>34</sup> *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 435 (1982).

<sup>35</sup> Una exacción se define como “la petición para que el propietario de un terreno entregue algo de valor, sea tierra, un interés en la tierra, o dinero, a condición de obtener los permisos necesarios u otras aprobaciones gubernamentales para construir en su propiedad.” James S. Burling, “Tasas para Desarrollo de Proyectos y la Jurisprudencia de la Corte Suprema: Un Encaje Justo?”, SB14 A.L.I.-A.B.A. 99, 102 (1996).

<sup>36</sup> Refiriéndose a las condiciones de compensación y la determinación del precio justo de mercado.

<sup>37</sup> Artículo 10.9 del TLC.

<sup>38</sup> Ver la Presentación del Reclamante en *S.D. Myers, Inc. v. Gobierno de Canadá*, para. 49 (Oct. 30, 1998), <http://www.appletonlaw.com/cases/mclaim.pdf>.

propia la propiedad privada de un inversionista extranjero. Aquí, el acto de expropiación es claro, la obligación legal de compensar es indiscutible y, típicamente, la única dificultad legal es cómo calcular el monto de la compensación.<sup>40</sup>

Por el contrario, las expropiaciones indirectas o regulatorias son casos mucho más difíciles. El TLC dispone que hay una expropiación indirecta “donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”<sup>41</sup> Esto ocurre cuando una normativa gubernamental resulta en un daño para la propiedad privada, de alguna manera menor a la permanente ocupación física, pero todavía es necesario que el gobierno pague una justa compensación.<sup>42</sup>

Algunas de las preguntas que surgen a propósito de las expropiaciones indirectas son: ¿cuándo un gobierno va demasiado lejos en su regulación, de manera que las restricciones son tan grandes que pueden ser asimiladas a una ocupación física o directa? ¿Cuál es el límite entre una regulación legítima que promueve la protección del medio ambiente y los recursos naturales y una que expropia la propiedad de un inversionista sin la adecuada compensación?

El TLC enfrentó estas preguntas y entregó criterios que servirán de guía para los paneles que en el futuro deberán resolver este tipo de casos.<sup>43</sup> La determinación sobre si una acción o una serie de acciones de una Parte, en una situación fáctica específica, constituye una expropiación indirecta, requiere un análisis caso a caso, que considera, entre otros factores:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
- (iii) el carácter de la acción gubernamental.

### *¿Cuál es el origen de estos factores?*

Estos factores se originan en la doctrina de expropiación regulatoria creada por la jurisprudencia de los Estados Unidos. Fue en el año 1922, en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, cuando la Corte Suprema resolvió el primer caso de expropiación regulatoria. La Corte dispuso que “mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la normativa va demasiado lejos, este acto debe ser reconocido como una expropiación”.<sup>44</sup> Sin embargo,

<sup>39</sup> Anexo 10-D del TLC.

<sup>40</sup> Marc R. Poirier, 33 *Envtl. L.* 85, El Capítulo 11 del ALCAN: El Debate de la Expropiación a Través de los Ojos de un Teórico de la Propiedad, pág. 859.

<sup>41</sup> Anexo 10-D del TLC.

<sup>42</sup> James D. Smith, “Legislación para la Protección de la Propiedad Privada y el Entendimiento Original de la Cláusula de Expropiación: ¿Pueden Coexistir?”, 21 *J. LEGIS.* 95 (1995).

<sup>43</sup> Anexo 10-D del TLC.

<sup>44</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 260 U.S. 393, pág. 415 (1922).

Pennsylvania Coal dejó sin respuesta la pregunta clave: ¿cuándo el gobierno va demasiado lejos? Sólo en 1978, 56 años después de la primera decisión, la Corte Suprema resolvió otro caso de expropiación regulatoria cuando limitó la posibilidad del titular de un proyecto de construir un rascacielos sobre la tradicional Estación Penn. Central en la ciudad de Nueva York<sup>45</sup>. Desde este caso, sin embargo, la Corte Suprema ha debido resolver muchos otros que han dicho relación con este tema, aunque todavía no se puede asegurar que se haya zanjado pues han surgido diversas posturas dentro de la jurisprudencia y doctrina.<sup>46</sup>

Fue en el caso Penn. Central donde el juez Holmes sugirió los factores o criterios que ahora se incluyen en el TLC<sup>47</sup>, por lo cual resulta interesante revisar uno a uno estos factores siguiendo a la Corte Suprema en este caso.

En cuanto al “carácter de la acción gubernamental”, citando el caso Pennsylvania Coal, la Corte estableció que “el gobierno difícilmente podría desarrollarse si los valores relativos a la propiedad no pudieran ser disminuidos sin tener que pagar por cada cambio en la legislación”. La Corte hizo presente que existía una gran cantidad de casos y contextos donde la aplicación de la legislación afectaba valores económicos.<sup>48</sup> Sostuvo, asimismo, que si un tribunal puede razonablemente concluir que la salud, la seguridad, la moral o el bienestar general pueden ser promovidos por la prohibición particular de determinados usos de la propiedad, entonces la destrucción de estos intereses puede ser justificada sin compensación.<sup>49</sup> Este factor es analizado con más detalle en el caso Keystone.<sup>50</sup>

En Keystone, el juez Stevens, para concluir que no había expropiación, sostuvo que el gobierno cuando actúa para promover la salud pública, el medio ambiente y la integridad fiscal, ejerce el poder de policía para eliminar una actividad asimilable a una molestia pública (“public nuisance”)<sup>51</sup> razón por la cual no corresponde que se compense al particular la limitación impuesta sobre su propiedad.

En cuanto al “impacto económico de la normativa en el reclamante”, la Corte Suprema en el caso Penn. Central comparó ese caso con Pennsylvania Coal, donde una norma había hecho impracticable comercialmente la explotación de carbón, generando un efecto similar al de una destrucción casi total de los derechos que el reclamante se había reservado respecto de los propietarios de la tierra superficial.

En el caso Penn. Central, por el contrario, la Corte dispuso que estaba en desacuerdo con la caracterización de los reclamantes de que la Ley de Monumentos los había privado de todo uso provechoso de los “derechos aéreos” sobre el terminal. Los demandantes sostenían que, independientemente del valor restante de la propiedad, la ciudad había “tomado” (expropiado) su derecho al espacio aéreo adyacente, haciendo procedente entonces una “compensación justa” según el valor de mercado de los derechos.

---

<sup>45</sup> Penn Central Transportation Co. v. City of New York 438 U.S. 104 (1978).

<sup>46</sup> Ver también, Nollan v. Comisión del Borde Costero de California, 483 U.S. 825 (1987); Dolan v. Ciudad de Tigart, 512 U.S. 374 (1994); Lucas v. Comisión del Borde Costero de South Carolina 505 U.S. 1003 (1992); Del Monte Dunes v. Ciudad de Monterrey, 118 S. Ct. 1359 (1999).

<sup>47</sup> Pennsylvania Coal, supra nota en página 125.

<sup>48</sup> Penn Central, supra nota en pág. 124.

<sup>49</sup> Id. en pág. 125.

<sup>50</sup> Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987).

<sup>51</sup> Id. en pág. 488.

La Corte, rechazando la petición de los demandantes, estableció lo que se ha conocido como el “factor del denominador”, esto es, ¿contra qué conjunto de derechos se debe medir aquello que supuestamente ha sido expropiado para decidir, primero, si ha habido una privación total y, si no, si ha habido una privación parcial?<sup>52</sup> La Corte sostuvo:

“La jurisprudencia sobre expropiaciones no divide una propiedad completa en segmentos pequeños ni intenta determinar si los derechos en un segmento particular han sido expropiados por completo. Al decidir si una acción gubernamental ha producido una expropiación, la Corte se debe concentrar tanto en el carácter de la acción gubernamental, como en la naturaleza y extensión de la interferencia con derechos en la propiedad como un todo, en este caso, en la cuadra completa que ha sido designada como “Monumento Histórico”.<sup>53</sup>

De esta manera, la Corte rechazó la pretensión de los demandantes de ser indemnizados por la imposibilidad de construir sobre la Estación pues, según la Corte, no se había expropiado su derecho, sino, más bien, se había establecido una limitación puntual y concreta sobre los derechos aéreos.

Confirmando en *Keystone* el “factor del denominador”, la Corte estableció que la tierra superficial “no constituye un segmento separado de la propiedad para efectos de la legislación de expropiación”.<sup>54</sup> Es importante hacer presente que la legislación de Pensilvania, donde se desarrolla este caso, expresamente reconoce a los derechos subterráneos como una clase distinta de propiedad. Esto es similar a la situación de Chile donde existe un derecho superficial totalmente independiente al derecho de explorar y explotar las sustancias minerales que se encuentran en el subsuelo de esa misma propiedad.

Finalmente en lo que dice relación con las “expectativas inequívocas y razonables en la inversión”, la Corte Suprema en *Penn. Central* estableció que, primero, era relevante determinar si la normativa afectaba los usos presentes del actual propietario. En este caso, la Corte estableció que la ley no interfería con lo que podría ser considerado como el principal y primordial uso de la estación de *Penn. Central* (estación de trenes y transporte de pasajeros). De esta manera, estas expectativas no fueron afectadas. Además de esto, la Corte señaló que no había evidencia alguna de que se les hubiese prohibido a los reclamantes ocupar cualquier porción del espacio aéreo sobre el terminal y que, por tanto, todos los derechos de *Penn. Central* habían sido expropiados.

En la evolución de la doctrina de la expropiación regulatoria, estos factores han sido analizados en diversas ocasiones, pero no es para nada claro que este enfoque represente el estado definitivo de la jurisprudencia y doctrina de expropiación regulatoria en los Estados Unidos. Según nuestro estudio, al menos existe un enfoque alternativo que ha sido usado por la Corte Suprema<sup>55</sup> que, aunque similar al de los tres factores de *Penn. Central*, no es igual.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> *Penn Central* en página 130-31.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Keystone* en página 498.

<sup>55</sup> En *Agins v. Ciudad de Tiburón*, la Corte Suprema introdujo un test alternativo para la expropiación regulatoria. Estableció que una expropiación ocurre si la regulación “no avanza sustancialmente un legítimo interés del Estado o depriva al propietario de un uso económicamente viable de su propiedad”. *Agins v. Ciudad de Tiburón*, 447 U.S. 255 (1980).

<sup>56</sup> *Lucas v. Comisión de Borde Costero de South Carolina*, 505 U.S. 1003 (1992).

Por otra parte, es importante reconocer que todas estas discusiones per se no son relevantes para el TLC dado que los paneles arbitrales fallan de acuerdo al Derecho Internacional y no según derecho interno de cualquiera de los Estados partes. Sin embargo, por otra parte, la intención de los Estados Unidos siempre ha sido exportar su nivel de protección a través de estos tratados según quedó en evidencia en la Enmienda Baucus-Grassley que fue introducida en la Ley que entregaba la Facultad para Promover el Comercio (“Trade Promotion Authority Act”).<sup>57</sup>

Las Partes, reconociendo este conflicto, establecieron una disposición que intenta proteger el poder regulatorio de los Estados contra las demandas de expropiación regulatoria. La norma dispone que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”. ¿Cuáles son estas circunstancias excepcionales? Es difícil de determinar, pero esta norma sin duda entregará apoyo adicional a los tribunales y paneles para interpretar restrictivamente las disposiciones sobre expropiación regulatoria en materias ambientales, de salud pública y de seguridad.

Además de esto, hay otra norma que dice relación con este tema. El artículo 10.12 establece que “nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”. Pero, como concluye Vicky Been, cuando se refiere al artículo 11.10 del ALCAN que regula la expropiación en términos similares, “dado que las acciones gubernamentales tienen que ser por lo demás consistentes con este capítulo –lo que significa, presumiblemente, que estas acciones no pueden infringir las protecciones del inversionista–, esta norma de ninguna manera limita directamente la aplicación del Artículo 11.10 o de otra norma de protección a los inversionistas.”<sup>58</sup>

### III. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES

En el ALCAN, la intención de las partes, aunque algunas de ellas se resistieron, fue usar la experiencia de los Estados Unidos sobre la expropiación regulatoria para guiar la aplicación de la normativa de expropiaciones. Debido a las amenazas al poder regulatorio del Estado, se hizo evidente que era necesario refinar algo más la normativa sobre expropiaciones por lo que se introdujo el enfoque de tres fases de Penn Central. Esto, sin embargo, puede producir algunas consecuencias no esperadas que se deben tener presentes.

---

<sup>57</sup> 19 U.S.C.A. 3802(b)(3) (West 2003). En esta enmienda se establecía expresamente que la intención del Congreso de los Estados Unidos era establecer un nivel de protección de la propiedad a lo menos similar al de su país.

<sup>58</sup> Vicki Been & Joel C. Beauvais, 78 N.Y.U.L. Rev. 30, ¿La Quinta Enmienda Global? La Protección de la Inversión Bajo el ALCAN y la Perdida Búsqueda por una Doctrina de Expropiación Regulatoria Internacional., pág. 43.

## 1. Madurez y Agotamiento de Todos los Recursos Locales

En la doctrina de la expropiación regulatoria en los Estados Unidos, para poder presentar un reclamo de expropiación, el reclamante debe cumplir con dos requisitos:

- (a) Que exista una decisión final de la autoridad administrativa, y
- (b) Que se haya buscado compensación justa según los procedimientos del dominio eminente del Estado.<sup>59</sup>

Esto es lo que se ha conocido como la “barrera de la madurez”.<sup>60</sup> Esto es similar a lo que en Derecho Internacional se conoce como la obligación de agotar todos los recursos locales antes de presentar un reclamo. En el contexto de la protección de la propiedad en los Estados Unidos, el propietario debe permitir a la entidad gubernamental encargada de implementar la regulación llegar a una decisión final en cuanto a la aplicación de la regulación a la propiedad en cuestión. Si no hay excepciones a la regulación, entonces el propietario puede utilizar el reclamo de expropiación para evitar o suavizar el impacto de la normativa.<sup>61</sup>

La Corte Suprema ha explicado en *Williamson County* que la insistencia de una decisión final de la autoridad administrativa está “determinada por la naturaleza propia de la investigación requerida por la cláusula de compensación justa”, porque los elementos de esta investigación, como el “impacto económico de la acción objetada y la extensión con la que ésta interfiere con las expectativas razonables de inversión... simplemente no puede ser evaluada hasta que la agencia administrativa haya llegado a una decisión final y definitiva sobre cómo aplicará la normativa en cuestión para la propiedad en particular.”<sup>62</sup>

Esta obligación no es necesaria en el contexto del TLC. El inversionista extranjero puede presentar su reclamo de inmediato sin tener que esperar a que la autoridad gubernamental emita una decisión final. Esto ha presentado problemas en el contexto del ALCAN y presentará problemas en el TLC pues otorga a los inversionistas extranjeros más derechos y garantías que los que posee un inversionista nacional.

## 2. La propiedad como un todo

Según se ha explicado más arriba, en la doctrina de la expropiación, la propiedad debe ser considerada como un todo, no siendo posible dividir ésta en partes con el propósito de separar aquella afectada por la normativa para establecer una afectación completa.

En la experiencia del ALCAN, sin embargo, al menos dos casos han tomado un enfoque muy diferente. *Pope & Talbot* y *S.D. Myers* sugieren que el derecho de vender su producción en un mercado en particular puede ser considerado como una propiedad separada de la totalidad de las actividades comerciales de un inversionista.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank*, 473 U.S. 172 (1985).

<sup>60</sup> Por un comentario crítico ver Michael M. Berger, “Feliz Constitución: La Corte Suprema establece nuevas Reglas Básicas para la Planificación Territorial”, 20 *Urb. Law* 735 (1988).

<sup>61</sup> *Been y Beauvois* supra nota en página 85.

<sup>62</sup> *Williamson County*, págs. 190-91.

<sup>63</sup> *Been y Beauvois*, supra nota en página 63.

Esto es extremadamente preocupante porque puede producir una avalancha de casos donde los inversionistas puedan reclamar sobre cualquier normativa, sin importar cómo se afecta la totalidad de su inversión, en la medida que sea posible dividir o separar su propiedad en pequeñas unidades.

### 3. Concepto de Inversión

Las expropiaciones regulatorias intentan proteger la propiedad respecto de los actos gubernamentales que van demasiado lejos en su reglamentación. En el TLC, la intención es proteger la “inversión” de los inversionistas en el extranjero, sin embargo, el TLC define inversión en términos tremendamente amplios, lo que puede presentar problemas.

Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por él mismo, directa o 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 riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;<sup>64</sup>
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) derechos contractuales, incluidos contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos<sup>65</sup>; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda; pero inversión no significa una orden ingresada en un proceso judicial o administrativo.

Una de las principales críticas al ALCAN es la amplia definición de inversión, que va mucho más allá de los tradicionales conceptos de propiedad.<sup>66</sup> El TLC, sin embargo, intenta acercarlo al concepto de propiedad al establecer que “un acto o una serie de actos de una

<sup>64</sup> Es más probable que algunas formas de deuda, tales como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como las reclamaciones de pago con vencimiento inmediato que son resultado de la venta de mercancías y servicios, tengan estas características.

<sup>65</sup> El hecho de que un derecho particular conferido de acuerdo con la legislación interna, como el mencionado en el subpárrafo (g), tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación interna de la Parte. Entre los derechos que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicho derecho tenga las características de una inversión.

<sup>66</sup> Been & Beauvais comentan que las norma del ALCAN cubren bastante más que los intereses de dominio que tradicionalmente protege la Quinta Enmienda, supra nota en página 42.

Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión”.<sup>67</sup> Esta adición parece interesante aunque todavía deja una cobertura bastante amplia y es difícil decir en este punto si estas modificaciones serán suficientes para limitar la amplitud de esta definición.

#### IV. CONCLUSIONES

La firma y entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio es un gran éxito para la diplomacia chilena. El acuerdo entregará reglas precisas y concretas para enfrentar las diferencias que, sin duda, surgirán entre las Partes sobre sus conflictos comerciales.

En materia ambiental, el TLC tomó un enfoque distinto al del ALCAN incluyendo en el cuerpo del Tratado el Capítulo 19 que dice relación con la temática ambiental. Esto es una clara señal de que la intención de las partes es entregar un tratamiento equivalente a los temas comerciales y ambientales.

Un gran revés en relación con el ALCAN, sin embargo, es la eliminación del proceso de reclamo ciudadano. Este hecho per se ya puede convertir al Capítulo en un mero acuerdo de cooperación, lo cual no es necesariamente algo negativo dada la extensa experiencia que tiene Estados Unidos en materias ambientales, que puede ser de gran utilidad para Chile. Sin embargo, hubiese sido interesante la apertura de espacios para que individuos o la comunidad puedan participar en el cumplimiento de la legislación ambiental chilena, tal como ha ocurrido en el TLC con Canadá.

El segundo tema relevante que dice relación con la temática ambiental es el que ha sido llamado “efecto congelador” que la amplia protección brindada a la inversión ha producido al poder regulatorio del Estado. Una serie de casos apuntaban en esa dirección, razón por la cual las Partes abordaron la situación regulando específicamente la expropiación indirecta o regulatoria.

La eliminación de las medidas asimilables a la expropiación establece claridad de que sólo aquellos casos relativos a expropiaciones regulatorias y directas quedan protegidas por el TLC. Las expropiaciones directas son los casos tradicionales que no han representado situaciones complejas. Las expropiaciones indirectas, por su parte, requerían de clarificación. Siguiendo la doctrina de la expropiación regulatoria de los Estados Unidos, las Partes acordaron tres factores que deben ser analizados al presentarse una situación posible de constituir una expropiación regulatoria: el carácter de la acción gubernamental; el impacto económico del acto gubernamental y la extensión con la que este acto interfiere con expectativas concretas y razonables de inversión.

Estos factores han sido objeto de estudio de varios casos en la jurisprudencia de los Estados Unidos con muchas interpretaciones, no estando para nada claro que estos representen la última posición de la doctrina y la jurisprudencia de la expropiación regulatoria. No obstante esto, las Partes acordaron utilizar dichos factores en el TLC de manera de entregar alguna guía a los paneles que deberán resolver estos casos en el futuro.

---

<sup>67</sup> Anexo 10-D número 2.

La falta de la obligación de agotar los medios locales, la posibilidad de que los inversionistas dividan su inversión de manera de presentar un reclamo de que todo el valor de su propiedad ha sido privado, y la inclusión de un concepto de inversión que es bastante más amplio que el concepto de propiedad, sin duda presentará problemas en el futuro. Serán los paneles los que deberán darle contenido a estas disposiciones y que deberán interpretar las particularidades de cada caso.

Estos comentarios tienen por objeto hacer reflexionar al lector en cuanto a que si este alto nivel de protección a la inversión era realmente necesario. Chile se oponía particularmente a la imposición de los estándares de Estados Unidos en materias ambientales, mientras que en lo que dice relación a la protección de inversión, Chile acordó obligarse según los estándares de la expropiación regulatoria. A mayor abundamiento, la manera en la que fue redactada la norma entrega un nivel de protección bastante más alto que lo que cualquier ciudadano americano podría obtener en su propio país. Por otra parte, la Constitución chilena de 1980 establece una clara protección a la propiedad privada, estableciendo acciones constitucionales para su protección. De esta manera, ¿era realmente necesario agregar aun más protección? Sólo el tiempo y la experiencia dirán si los negociadores tenían razón, o si el país se verá inundado de reclamos por expropiaciones regulatorias que eventualmente podrían afectar el poder regulatorio del Estado en materias ambientales.