



**Mejor Tesis de Pregrado en  
Arbitraje de Inversiones**  
(Mención Francisco Orrego Vicuña)

**«NOTAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL  
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN CHILE:  
REGULACIÓN Y CRÍTICA» (2020)**

**Joaquín Schäfer Rodríguez**



Premio del CAM Santiago a las Mejores Tesis en Métodos Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos – Primera Edición.

**Mejor Tesis De Pregrado En Arbitraje De Inversiones**  
(Mención Francisco Orrego Vicuña)

**«Notas Sobre La Configuración Normativa Del Arbitraje Internacional De Inversiones En Chile: Regulación Y Crítica»**

**JOAQUÍN SCHÄFER RODRÍGUEZ**

Profesor Guía: Mauricio Ríos Lagos

**Pontificia Universidad Católica De Valparaíso**  
**2020**

# **Publicación del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS).**

**Coordinadores de la publicación:** Mg. Laura Aguilera Villalobos (Subdirectora Ejecutiva del CAM Santiago) & Claudio F. Osses Garrido (Asistente de Investigación y Extensión de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago).

## **Edición digital.**

© Autores & CAM Santiago, marzo de 2025. Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en forma ni a través de medio alguno –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, ni similares– sin permiso previo y por escrito del CAM Santiago y de los autores de cada memoria.

**Diseño y diagramación:** Jorge Álvarez Gutiérrez.

**Asistentes de revisión de diagramación:** Daniela Cáceres Pradenas y Sergio Castillo Urrutia.

## El CAM Santiago premia a las mejores tesis en métodos adecuados de resolución pacífica de conflictos

En agosto de 2022, el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) reconoció a los ganadores del «Premio CAM Santiago 2022 a las Mejores Tesis en Métodos Adecuados de Resolución Pacífica de Conflictos», iniciativa organizada por la Dirección Ejecutiva y de la Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del Centro.

La primera edición del galardón convocó a egresados de pregrado y postgrado de Facultades de Derecho nacionales, con el objetivo de incentivar la investigación académica en métodos adecuados de resolución pacífica de conflictos en Chile (tales como el arbitraje, la mediación y los dispute boards) a través de tesis, tesinas, ensayos, investigaciones y memorias de prueba aprobadas entre el 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2021.

Durante la convocatoria se recibieron un total de 18 postulaciones, resultando ganadores Felipe Montero Ralfs (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción) en la categoría de pregrado y Tomás Rodríguez Correa (Máster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile y por la Universidad de Heidelberg) en la categoría de postgrado. Adicionalmente se entregó la mención Francisco Orrego Vicuña a la mejor tesis de pregrado en arbitraje de inversiones, escrita por Joaquín Schäfer Rodríguez (Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

La «mejor tesis de pregrado» (escrita por Felipe Montero y guiada por el profesor Mauricio Inostroza Sáez) lleva por título «El principio de validación como criterio para la determinación del derecho aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje» (2020) y propone la aplicación de este principio con el objetivo de hacer efectiva la auténtica intención de las partes en orden a someterse al procedimiento arbitral, aplicando al efecto el Derecho más favorable al acuerdo de arbitraje, solución que su autor estima consistente con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958) y demás textos uniformes que configuran el marco regulatorio de la disciplina.

La «mejor tesis de posgrado» (escrita en inglés por Tomás Rodríguez y guiada por la profesora Andrea Ernst) fue «Dispute settlement after sovereign debt defaults: A forum menu for holdout creditors» (2018) y tuvo como objetivo identificar el mejor foro para lograr el pago total de los términos financieros de los bonos soberanos, mediante la comparación de factores como la jurisdicción, los méritos y la ejecución en tres escenarios: desde la aproximación del Derecho contractual, el Derecho convencional y la negociación en el mercado de capitales. Estos enfoques se derivaron del derecho doméstico (principalmente Derecho inglés y Derecho del Estado de Nueva York), el derecho internacional público y el derecho financiero internacional.

Ambas memorias fueron presentadas por sus autores y comentadas, respectivamente, por la Dra. María Agnes Salah Abusleme (entonces, Vicepresidenta del Consejo Directivo del CAM Santiago) y por la abogada Macarena Letelier Velasco (entonces, Directora Ejecutiva del Centro).

Por su parte, la «mención Francisco Orrego Vicuña» fue entregada a la tesis «Notas sobre la configuración normativa del arbitraje internacional de inversiones en Chile: Regulación y crítica» (escrita en 2020 por Joaquín Schäfer y guiada por el profesor Mauricio Ríos Lagos). Esta investigación se propuso demostrar cómo el arbitraje internacional de inversiones ha puesto en jaque el monopolio estatal en la producción normativa, así como se ha instaurado como una figura con una fisonomía propia con relación al esquema de la jurisdicción constitucional chilena. Con este fin, esta memoria se planteó los siguientes objetivos: enmarcar al arbitraje de inversiones como una figura jurídica que obedece y responde al sistema político económico actual; identificar la forma en que su consagración ha implicado un desafío en el monopolio de la producción normativa estatal; revisar cómo responde a la teoría de la jurisdicción chilena, y, en general, ofrecer un panorama general y crítico de su regulación en Chile.

El trabajo fue comentado por el abogado Francisco Orrego Bauzá, quien destacó las características de la memoria y la influencia de don Francisco Orrego Vicuña en el desarrollo del Derecho Internacional y el Arbitraje.

El jurado de la 1º edición estuvo integrado por María Teresa Vial Álamos, la Dra. Elina Mereminskaya, la Dra. María Agnes Salah Abusleme, Marcela Radović Córdova, Cristián Maturana Miquel, Macarena Letelier Velasco,

Ximena Vial Valdivieso, María Soledad Lagos Ochoa, Laura Aguilera Villalobos, Daniela Escobar Pizarro, Jazmina Santibáñez Farías y Benjamín Astete Heimpell.

La ceremonia de premiación, también contó con la participación de Carlos Soublette Larraguibel, Manuel José Vial, Felipe Correa Molina, Josefina Trujillo Silva, Claudio F. Osses Garrido, Tomás Correa Cannobio e invitados especiales.

Luego de esta primera edición, el CAM Santiago recibe postulaciones en su página web de manera permanente.



## **El CAM Santiago.**

El Centro de Arbitraje y Mediación (el CAM) es un organismo creado al interior de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) que tiene por finalidad administrar mecanismos adecuados de resolución pacífica de conflictos: arbitraje nacional (1992), internacional (2006) y de emergencia (2023), mediación (1998) y dispute boards (2015). Asimismo, el CAM Santiago periódicamente imparte cursos tendientes a la preparación de profesionales en el ámbito de su competencia. Con cerca de 7.000 solicitudes entre arbitrajes y mediaciones que han sido presentadas al CAM Santiago desde 1992, la institución se ha constituido como referente en materia de solución adecuada de conflictos en Chile y en América Latina.

## **La CCS.**

La Cámara de Comercio de Santiago (CCS) es una Asociación Gremial sin fines de lucro, fundada en 1919, que reúne a 2.230 empresas asociadas: grandes, pequeñas y medianas, representativas de los más relevantes sectores económicos de Chile. Su visión es ser la asociación gremial líder para el comercio del futuro y su propósito es impulsar el desarrollo de un Chile emprendedor.

A todos y a todas quienes han servido de guía en estos años.

# ÍNDICE

<b>TABLA DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>10</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO....</b>	<b>12</b>
1. TEORÍA MODERNA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	12
a) Surgimiento a partir de la ley.....	12
b) El positivismo jurídico.....	12
2. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA.....	15
a) La irrupción del arbitraje internacional y nuevas exigencias para el derecho.....	15
b) Teorías contemporáneas de las fuentes del derecho.....	20
3. COMENTARIOS FINALES.....	23
<b>CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN.....</b>	<b>24</b>
1. TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE EN GENERAL.....	24
a) Teoría de la jurisdicción.....	24
b) Arbitraje internacional.....	28
c) Incorporación del arbitraje de inversiones en Chile.....	30
2. LA JURISDICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	33
a) La función jurisdiccional recae en los tribunales establecidos por la ley.....	33
b) Los árbitros son tribunales establecidos por la ley.....	34
c) El caso del arbitraje de inversiones.....	35
3. COMENTARIOS FINALES.....	37
<b>CAPÍTULO III. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO....</b>	<b>38</b>
1. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	38
a) Elementos del arbitraje internacional de inversiones.....	38
b) La formación del consentimiento arbitral.....	40
c) La noción de inversión.....	40
d) Las partes.....	42
e) Tribunales arbitrales internacionales.....	44
f) Eficacia del laudo arbitral.....	45



2. FUENTES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	45
a) Tratados internacionales.....	46
b) Rango normativo de dichos tratados internacionales.....	48
c) Desafíos para el poder constituyente derivado.....	50
3. COMENTARIOS FINALES.....	51
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b> .....	<b>53</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>64</b>
<b>ANEXO I:</b> ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES.....	64
<b>ANEXO II:</b> ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO CON DISPOSICIONES RELATIVAS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	68

## TABLA DE ABREVIATURAS

- ALC** Acuerdo de Libre Comercio.
- APPI** Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones
- Art** Artículo.
- CCS** Cámara de Comercio de Santiago.
- CCI** Cámara de Comercio Internacional.
- CC** Código Civil.
- CPC** Código de Procedimiento Civil.
- COT** Código Orgánico de Tribunales.
- CIADI** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
- CNUDMI** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- CPR** Constitución Política de la República de 1980.
- Convenio CIADI** Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.
- DL** Decreto Ley.
- DS** Decreto Supremo.
- DO** Diario Oficial.
- FMI** Fondo Monetario Internacional.
- i** Inciso.
- ONU** Organización de las Naciones Unidas.
- Par** Parágrafo.
- TBI** Tratado Bilateral de Inversión.
- TLC** Tratado de Libre Comercio.

# INTRODUCCIÓN

Frente a la globalización y a la liberalización de la economía mundial, la interrelación entre los actores del escenario internacional es cada vez más intensa. Si otrora eran protagonistas los Estados, hoy se han sumado nuevos sujetos, dentro de los cuales destacan distintas empresas transnacionales e inversores que no conocen de fronteras ni de límites espaciales.

A partir del retorno a la democracia, Chile ha suscrito una serie de tratados internacionales en materia de inversiones y ha participado activamente en el foro internacional, aprovechando la apertura de su sistema económico y político. Esto ha importado no solo una serie de derechos y obligaciones internacionales para el Estado de Chile, sino también ha incorporado una nueva forma de resolver las controversias jurídicas en la materia: el arbitraje internacional de inversiones. Este mecanismo surgió con el objeto de resolver algunos riesgos que implicaban la inversión extranjera; así, por ejemplo, frente al temor de falta de imparcialidad de la judicatura estatal, los inversionistas se solían acoger a la figura de protección e intervención diplomática del Estado del que eran nacionales.

El arbitraje internacional de inversiones, según algunos, se ha posicionado como el mecanismo apropiado para la resolución de las controversias entre Estados e inversionistas. Con todo, a partir de la consagración de esta figura en distintos instrumentos internacionales, así como de la jurisprudencia que ha resultado de los laudos emitidos, es posible advertir el surgimiento de más de un problema para algunas de las teorías clásicas del derecho.

En atención a lo anterior, algunos autores han remarcado que el arbitraje internacional ha puesto en jaque el monopolio estatal de la creación normativa, materializado en la aparición de la nueva *lex mercatoria*. ¿En qué medida han influenciado las organizaciones económicas internacionales en los lineamientos generales del ordenamiento jurídico interno? Frente a esta pregunta, hay quienes han cuestionado cuál es el alcance actual de soberanía de los Estados. Así, ¿es posible afirmar que en el escenario actual existen Estados tímidamente soberanos, los que son limitados e influenciados, no solo por el derecho internacional, sino también por empresas y grupos económicos transnacionales? En consonancia con lo anterior, llama la atención la figura de los tribunales arbitrales internacionales que, si bien no son órganos jurisdiccionales estatales ni supraestatales, resuelven con autoridad de cosa juzgada. En este sentido, ¿cómo responde la teoría de la jurisdicción a la existencia de estos tribunales arbitrales?

Ahora bien, para efectos de dar respuesta a estas y a otras interrogantes, la presente investigación se divide en tres capítulos. El primero tiene por objeto hacer una revisión a la teoría de las fuentes del derecho; donde se analizará la visión clásica de esta, la irrupción del arbitraje internacional y la respuesta que ha desarrollado cierta doctrina en atención a la validez de estas fuentes normativas. El segundo capítulo pretende abordar la teoría de la jurisdicción desde una perspectiva histórica y cómo se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior, acompañado de una presentación del esquema constitucional de la jurisdicción y la regulación de la institucionalidad arbitral en Chile. El tercer capítulo tiene por objeto establecer los principales elementos del arbitraje de inversiones, así como identificar su fuente normativa: los tratados internacionales. En atención a lo anterior, se vislumbran los efectos normativos que esto tiene, así como sus implicancias como un límite al ejercicio del poder constituyente.

Por último, vale destacar que para efectos de esta investigación fueron revisados y consultados los tratados internacionales en materia de inversiones en que Chile es parte. En este mismo sentido, fueron confeccionados dos anexos donde se consignan tanto los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones, como los acuerdos de libre comercio con disposiciones relativas al arbitraje internacional de inversiones, suscritos y ratificados por el Estado de Chile a la fecha.

# CAPÍTULO I.

## EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

La definición de la validez de una regla jurídica es una tarea que distintos autores han intentado responder en la historia de la ciencia jurídica. Con cierto éxito, la teoría de las fuentes del derecho ha pretendido entregar una respuesta a la cuestión y proporcionar los elementos que cimientan el ordenamiento jurídico en un momento determinado. Ahora bien, frente a esta visión clásica del sistema de fuentes, han aparecido nuevos actores que han hecho poner en jaque el paradigma clásico. En este sentido, el objetivo de este capítulo es realizar una revisión a la teoría de las fuentes del derecho a la luz del arbitraje internacional de inversiones.

Con el objeto de dar respuesta a dicha interrogante, el presente capítulo se estructura de la siguiente forma. En la primera sección se aborda la teoría moderna de las fuentes del derecho, donde se analiza el surgimiento de la ley como fuente principal del derecho, que tiene su fuente en la soberanía nacional y es expresada conforme a la Constitución. Enseguida, dicho análisis se complementa con la teoría del positivismo jurídico, que entrega una respuesta clásica a la cuestión de la validez jurídica. Por su parte, la segunda sección analiza la irrupción del arbitraje internacional y las preguntas que plantea a la teoría clásica. En este sentido, se ofrece una respuesta a partir de la teoría del derecho reflexivo y el desplazamiento del Estado de su otrora rol preponderante en la determinación de los lineamientos generales de la producción normativa.

### 1. TEORÍA MODERNA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

El propósito de esta sección es caracterizar la estatalidad del derecho como una de las bases del ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, por un lado, se conceptualiza a la ley como la fuente tradicional del derecho, que es el resultado del ejercicio de la soberanía nacional. Por el otro, se visitan las teorías clásicas del derecho que entregan una respuesta a la cuestión de la validez del derecho a la luz del esquema tradicional de fuentes.

#### a) Surgimiento a partir de la ley.

1. Tradicionalmente se ha entendido que la ley es la principal fuente del derecho en el ordenamiento jurídico, al menos en los países que son parte de la tradición jurídica continental. Esta afirmación no parece absoluta ni se remonta a los inicios de la historia del derecho occidental; la ley no es la fuente originaria del derecho. La ley como voluntad soberana de la nación ha sido una idea fruto del pasar del tiempo y del desarrollo de distintas ideas humanistas, así como de la concepción del ser humano y la naturaleza de este.

2. Ahora bien, con el propósito de entender la situación privilegiada de la ley en las fuentes del ordenamiento jurídico, es preciso tener en consideración un movimiento intelectual que tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XVIII: la Ilustración. Si bien este movimiento tuvo distintas carices y vertientes<sup>1</sup>, fue el sustrato ideológico que dio paso a distintos procesos políticos, como, por ejemplo, la Revolución Francesa de 1789 y la independencia de las nacientes repúblicas americanas. Esta coyuntura político-social tuvo un profundo impacto en el derecho, superando la prevalencia del *ius commune* y surgiendo las ideas del Estado, del nacionalismo y del racionalismo, las que dieron cabida a una nueva teoría en torno al derecho<sup>2</sup>.

En dicho contexto, en los países que se acogieron las ideas de la Ilustración se comenzó a entender lo que era el derecho de una forma distinta. Por medio de las ideas nacionalistas, se entendió la soberanía como la premisa base para la expresión y la validez jurídica<sup>3</sup>. El naciente Estado se arrogó el monopolio para la creación del derecho y para esto se le dio forma a un poder legislativo que tenía por objeto la expresión de la ley<sup>4</sup>. El acto legislativo no conocía otra autoridad más que la soberanía, puesto que no se encontraba sujeto a ninguna autoridad temporal ni espiritual superior al Estado<sup>5</sup>.

1 MAYOS (2007), p. 18.

2 MERRYMAN (1980), p. 42.

3 BODIN (1967), p. 25.

4 MERRYMAN (1980), p. 46.

5 CAPELLA (2008), p. 144 Y BÖCKENFÖRDE (1991), pp. 26-46.

Asimismo, este movimiento se inspiró en la doctrina de la separación de poderes, la que fue extrema- da al máximo en su desarrollo<sup>6</sup>. Un ejemplo de esto fue la negativa a autorizar a los tribunales a interpretar el derecho, puesto que la propia legislatura era la única encargada de guiar al juez al momento de aplicar una regla jurídica. Dicha teoría llevó a la creación de los tribunales de casación, ajenos a la judicatura estatal, los que se encargaban de fijar la interpretación del derecho, pero salvaguardando la separación de poderes y, en particular, la supremacía legislativa<sup>7</sup>. Este ejemplo es ilustrativo de la consolidación de la ley como la gran fuente de derecho, la expresión misma de la soberanía estatal.

3. En dicho contexto, surgió un nuevo movimiento intelectual conocido como el constitucionalismo, en virtud del cual se propugnaba la idea de que cada Estado debía estar dotado de una constitución escrita que limite el poder de los gobernantes y garantice derechos y libertades a sus ciudadanos<sup>8</sup>. Históricamente, a este movimiento se le asocia el concepto de Estado-nación, por lo que se ha estimado que su pretensión se ha logrado concretar jurídicamente en la ley fundamental de cada país<sup>9</sup>.

Posteriormente, de la mano de la Revolución Francesa y de la independencia de las trece colonias nor- teamericanas, este movimiento evolucionó al denominado constitucionalismo moderno<sup>10</sup>. Este apelativo no cumple una función meramente estética o temporal, sino que indica que, para que una constitución tenga el rol de tal, debe cumplir con ciertos requisitos. Cierta doctrina ha indicado como tales: la soberanía popu- lar<sup>11</sup>, la forma de gobierno representativa, el poder del pueblo para enmendar la constitución y, entre otros, la supremacía normativa de la constitución<sup>12</sup>. Este último principio juega un papel significativo en las fuentes, puesto que invita a la propia constitución a ser parte de estas y ser la norma fundamental del ordenamiento<sup>13</sup>.

En consecuencia, la evolución del constitucionalismo moderno modificó sensiblemente las fuentes del derecho, cobrando relevancia las constituciones escritas y dándole el primer puesto de jerarquía, por so- bre la ley y demás fuentes<sup>14</sup>. Lo anterior no es baladí, toda vez que dichas constituciones contienen no solo los preceptos normativos fundamentales de un Estado y su ordenamiento jurídico, sino que también tienen por objeto organizar la función legislativa y crear el procedimiento idóneo para la expresión de la voluntad soberana materializada, en general, en la forma de la ley<sup>15</sup>.

4. Por su parte, la idea de justificación de una orden o regla a partir de la voluntad del propio obligado ha sido una importante figura que ha permitido sustentar satisfactoriamente la legitimación del poder en la actualidad<sup>16</sup>. Lo anterior, en torno a la idea de un soberano democrático en virtud del cual se origina la volun- tad expresada en la ley. Así, el sistema de fuentes se orienta y se alinea en este sentido y reconoce la figura fundamental y única del Estado en la producción y ordenación del derecho<sup>17</sup>.

5. La estatalidad del derecho ha sido la base sobre la cual se ha cimentado el ordenamiento jurídico chileno desde el nacimiento de la república y esta se traduce en que el Estado es el encargado de crear o re- conocer los preceptos jurídicos obligatorios<sup>18</sup>. Ahora bien, es necesario hacer presente que el sistema jurídico no se compone en base exclusiva de la ley, puesto que es necesario complementarla con otras reglas conteni- das en cuerpos de distinta jerarquía, continentes de elementos de interpretación e integración del derecho<sup>19</sup>. Ahora bien, lo anterior no permite negarle a la ley su valor fundamental en el sistema de fuentes<sup>20</sup>.

6. El Código Civil chileno entrega una definición de la ley (art. Primero, CC), la que se enmarca en el proceso codificador y rinde pleitesía a las ideas de la Ilustración que lo inspiran. Este concepto recuerda que la ley es una declaración de la voluntad soberana, la que es expresada conforme a la Constitución. Por lo tanto, esta idea permite consolidar a la ley como la gran fuente del derecho, la que se sustenta en que esta, a su vez, tiene por fuente la soberanía nacional. Chile es parte de la tradición jurídica continental y confirma el carácter de fuente principal o primaria de la ley, en detrimento de la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia<sup>21</sup>. Con todo, como estas fuentes carecen de la rigidez de la ley, son capaces de adaptarse permanentemente a los cambios sociales y permiten así una sinergia entre ellas<sup>22</sup>. Así y todo, en el marco tradicional sobre el que se encuentran estas fuentes, la ley sigue ostentando, al menos en la teoría, un

6 SABINE (1998), pp. 427-428, MONTESQUIEU (2002), pp. 154-186 y HAMILTON *et al.* (2005), pp. 280-284.

7 MERRYMAN (1980), p. 75.

8 GARCÍA (2002), pp. 30-42.

9 SALVADOR (2010), p. 531.

10 BREWER-CARÍAS (2011), pp. 117-118.

11 BREWER-CARÍAS (2011), pp. 119-120.

12 DIPPEL (2005), pp. 181-199 y SALVADOR (2010), p. 533.

13 DIPPEL (2005), pp. 181-199 y SALVADOR (2010), p. 533.

14 MERRYMAN (1980), p. 50.

15 ALDUNATE y CORDERO (2013), p. 3.

16 ALDUNATE y CORDERO (2013), pp. 4-5.

17 ALDUNATE y CORDERO (2013), pp. 4-5.

18 DUCCI (2005), p. 42.

19 DUCCI (2005), p. 11 y CORDERO (2009), pp. 15-17 y 22-23.

20 DUCCI (2005), p. 11.

21 CORDERO (2009), pp. 15 y 18.

22 DUCCI (2005), p. 42.

rol preponderante.

7. Así las cosas, es importante recordar que la ley no tiene un origen en el derecho, sino que esta es producto del movimiento de la racionalización, enmarcada dentro de la Ilustración. Para lo anterior fue necesario el surgimiento del Estado moderno, el afianzamiento del concepto de soberanía y un esfuerzo por lograr la abstracción y la generalidad en la positivización del derecho. Ahora bien, es importante hacer presente que esta visión estrictamente estatal del derecho ha disminuido en la actualidad. Así, por ejemplo, en materia comercial es posible advertir la aplicación de reglas jurídicas a sujetos de distintas nacionalidades, las que se determinan no por una decisión estatal, sino por el tráfico que realizan<sup>23</sup>.

## b) El positivismo jurídico.

1. Distintas teorías en el derecho han pretendido, con mayor o menor éxito, explicar la validez de las reglas jurídicas y su justificación en el ordenamiento jurídico. En este intento, diversos autores han reflexionado sobre el entramado de preceptos y fuentes existentes en el derecho, con el propósito de darles una explicación y ordenarlas de una forma armoniosa y coherente. De este modo, es posible advertir ciertas corrientes positivistas desarrolladas en el siglo XX con dicho fin.

Tal vez el título del principal exponente del positivismo jurídico recae sobre la figura de Hans Kelsen (1881-1973)<sup>24</sup>. En su significativa obra, el austríaco indica que la validez de las normas recae sobre una norma fundante, es decir, sobre una norma superior. A la ley le da sentido y validez, como imposición de un deber, el hecho de derivar de otra norma válida superior, que no es otra que la propia constitución. A su vez, la constitución, derivada del poder constituyente, se entiende como válida en virtud de algo que se presupone. De esta forma, la validez de las normas concluye en una norma superior y presupuestada: la constitución<sup>25</sup>. Por último, el autor concluye que estas normas carecen de un contenido mínimo y que no es posible inferirlo, por lo que cualquier contenido que sea podría devenir en derecho<sup>26</sup>.

2. Si bien es innegable el aporte de Kelsen al desarrollo teórico jurídico, logrando conceptualizar el derecho en torno al normativismo, así como desarrollar una jerarquía normativa coherente, es posible advertir al menos un problema en su teoría, en cuanto a la validez de la norma. En este sentido, la obra del inglés H.L.A. Hart (1907-1992), también llamado el principal exponente del positivismo jurídico<sup>27</sup>, entrega una respuesta a esta cuestión: supera el carácter hipotético de la norma fundamental kelseniana y sustenta la existencia de una regla de reconocimiento que recae sobre un hecho. Hart indica que este hecho, la regla de reconocimiento, no suele ser expresada, puesto que su existencia radica en la manera en que las reglas particulares son reconocidas, ora por los tribunales y funcionarios, ora por los ciudadanos y destinatarios<sup>28</sup>.

Con todo, pese a la elegante respuesta de Hart, han existido ciertos detractores de su teoría, quienes alegan que su concepto de regla de reconocimiento es imprecisa y ambigua, lo que pone en jaque su idoneidad para resolver el problema de identidad de un sistema jurídico<sup>29</sup>. Esta situación se reproduce también con la validez de las normas jurídicas, puesto que, si bien el inglés permitió superar ciertos obstáculos de la teoría de Kelsen, su solución no se encuentra exenta de críticas ni dificultades. En este sentido, si bien es cierto que el positivismo jurídico supo entregar respuestas a preguntas clásicas de la teoría del derecho,<sup>30</sup> lo cierto es que estas soluciones obedecen al derecho y Estado existentes hasta mediados del siglo XIX. Así, no es baladí recordar que los autores no fueron capaces de observar el posterior devenir del derecho, ni fueron testigos de la globalización ni del surgimiento de nuevas dinámicas en torno al derecho nacional e internacional.

3. Ahora bien, dentro de las corrientes positivistas, o más bien post positivista, es posible encontrar el trabajo teórico del escocés Neil MacCormick (1941-2009), quien sí fue testigo del posterior devenir del derecho. En su teoría institucional, MacCormick caracterizó el derecho como un orden normativo institucionalizado, propio de un Estado constitucional. Con todo, el autor fue capaz de advertir que esta creación humana no es exclusiva del Estado, toda vez que es posible encontrar otras ordenaciones normativas, como, por ejemplo, en la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en la Federación Internacional de Fútbol Asociación y en la ONU<sup>31</sup>. Si bien MacCormick no se aventuró en cuestionar la validez de la teoría tradicional de las fuentes del derecho, ni reconsideró la aparición de nuevas circunstancias que pudieran afectar dicha teoría, sí fue capaz de advertir que no solo lo que ocurría al interior de un Estado era derecho.

23 Ducci (2005), p. 43.

24 Schmill (2003), pp. 133-146.

25 Kelsen (1960), pp. 31-35.

26 Ugarte (1995), pp. 110-111.

27 Dworkin (1984), p. 8.

28 Hart (1963), p. 127.

29 De Páramo (1990), p. 561.

30 Atria (2004), pp. 81-139.

31 MacCormick (2011), pp. 19 y 29.

A partir de lo anterior, parece necesario repensar ciertos aspectos de la teoría jurídica clásica en torno a la validez normativa y a las fuentes del derecho, con el objetivo de revisar si es que estas responden adecuadamente a la práctica jurídica. ¿Es posible afirmar que estas teorías, que pretenden ser exhaustivas y no admiten lagunas ni incoherencias en el ordenamiento, siguen encontrándose vigentes? Si bien estas responden de manera satisfactoria en gran parte de las áreas del derecho, podría decirse que no es así en todas. Es menester tener consideración a la irrupción de nuevos actores entre los operadores jurídicos, quienes no se encontraban presentes cuando los clásicos positivistas desarrollaron su obra. ¿Es posible afirmar que el concepto de ley, conceptualizado a partir de la Revolución Francesa, sigue siendo válido?

## 2. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA.

El propósito de esta sección es identificar al arbitraje de inversiones como uno de los factores que pone en jaque la teoría clásica de las fuentes del derecho. En este sentido, por un lado, se analiza su irrupción en Chile y las consecuencias jurídicas de ello. Por el otro, se vislumbra que la teoría clásica de las fuentes del derecho no permite entregar una respuesta certera a la coyuntura actual, toda vez que el Estado ha sido desplazado de su rol protagónico en la creación del derecho y ha surgido una noción de “derecho reflexivo” defendida por algunos autores.

### a) La irrupción del arbitraje internacional y nuevas exigencias para el derecho.

1. Suele entenderse como hito fundacional de los Estados modernos soberanos la firma de la Paz de Westfalia en 1648, que dio por finalizada la cruenta Guerra de los Treinta Años, y abrió paso a un nuevo entendimiento entre los Estados en el concierto internacional<sup>32</sup>. El Estado pasó a ser la piedra angular del orden político internacional en el continente europeo<sup>33</sup>. Asimismo, se inició un proceso de nacionalización del derecho, en el sentido de dar por superada la idea un *ius commune* en el continente<sup>34</sup>. Lo anterior, en el entendido en que cada Estado era igualmente soberano y libre para dictar su propia legislación, libre de cualquier injerencia externa; en esos tiempos, las que más preocupaban eran la de la Iglesia Católica y la de algunos imperios consolidados<sup>35</sup>.

2. En esta evolución del Estado y la política, a la soberanía se le adjudica un carácter jurídico que sirve de legitimización al orden político organizado por los Estados independientes<sup>36</sup>. Ahora bien, lejos de quimeras pueriles, es posible cuestionar su pretendido carácter absoluto, toda vez que no ha existido una época dorada del sistema westfaliano. Todo lo contrario, puesto que es posible advertir que desde un inicio los Estados han incorporado una serie de mecanismos para lograr la paz y estabilidad internacional, los que han mermado dicha autonomía. Ejemplo de lo anterior, son las convenciones internacionales firmadas por los Estados soberanos con el objeto de fomentar la cooperación internacional, la restricción del uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos<sup>37</sup>.

Desde la Sociedad de Naciones, han existido constantes esfuerzos por parte de la comunidad internacional por lograr llegar a ciertos acuerdos mínimos para el funcionamiento de las relaciones internacionales<sup>38</sup>. La prevalencia y protección de los derechos humanos suelen ser sus paladines, así como el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional<sup>39</sup>. Pese a sus empeños, este organismo internacional se mostró incapaz de salvar a la humanidad de los horrores que vinieron de la mano de la Segunda Guerra Mundial, siendo así sucedida por la ONU<sup>40</sup>. Esta se muestra como un nuevo intento por salvar la anarquía del escenario internacional, es decir, la falta de un orden en la comunidad y en las relaciones internacionales; ambas caracterizadas por la ausencia de una entidad supranacional, en el marco de un sistema compuesto por Estados soberanos e iguales<sup>41</sup>.

3. En el marco de este intento por regular el orden internacional, la Carta de las Naciones Unidas consagra algunos principios de derecho internacional, dentro de los cuales destaca el de no intervención (art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas). El mismo camino siguió la Carta de la Organización de los Estados

32 SHAW (2008), pp. 26 y 1282 y SCHMIDT (2011), pp. 607-608.

33 KISSINGER (2016), p. 38.

34 FRANCA (2006), p. 100.

35 FRANCA (2006), pp. 100-103 y KRASNER (1999), p. 4.

36 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1395.

37 KRASNER (1995-1996), pp. 123-127 y MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1396.

38 SHAW (2008), pp. 30-31.

39 FERNÁNDEZ y GAMARRA (2015), pp. 184 y 214.

40 SHAW (2008), pp. 30-31.

41 DEL PRADO (2000), pp. 61-72.

Americanos (arts. 19 y 20). Este principio se relaciona con la idea de la soberanía de los Estados y, en términos generales, este reconoce el derecho de todo Estado soberano a conducir sus asuntos internos sin injerencia extranjera<sup>42</sup>.

Ahora bien, este principio comenzó a tambalear en el momento en que los inventos del siglo XX permitieron una mayor interrelación entre personas y negocios de distintos países, en este sentido, la protección diplomática surgió como mecanismo para que los Estados velen por la seguridad e intereses de sus nacionales en el extranjero<sup>43</sup>. En este sentido, la protección diplomática consiste en la facultad de un Estado para invocar la responsabilidad internacional de otro Estado, con motivo de un perjuicio o daño causado por un hecho internacionalmente ilícito a un ciudadano del primer Estado, con el propósito de hacer valer dicha responsabilidad<sup>44</sup>. Así, se relaciona con el deber de todo Estado de reconocer a los extranjeros un mínimo de derechos establecidos por el ordenamiento jurídico internacional<sup>45</sup>. Estos derechos se reconocieron primero en el ámbito de los derechos humanos, para luego dar paso a los propios de la inversión extranjera<sup>46</sup>. En cualquier caso, el ejercicio de la protección diplomática presupone que el ciudadano haya agotado las instancias de reclamación administrativas y judiciales<sup>47</sup>. Ahora bien, vale hacer presente que en materia de inversiones la protección diplomática fue de especial cuidado, toda vez que la afectación de derechos de inversionistas podría traer de la mano conflictos diplomáticos con el Estado del que son nacionales los inversionistas, los que culminarían en un eventual entorpecimiento, o ruptura, de relaciones internacionales<sup>48</sup>.

En dicho contexto, cobró especial relevancia la denominada “doctrina CALVO”, de carácter panamericano, que indica que los extranjeros deben realizar sus reclamaciones jurídicas de acuerdo con la jurisdicción local, es decir, someterse a los tribunales nacionales y evitar recurrir a la protección e intervención diplomática, así como presiones del Estado del que son nacionales<sup>49</sup>. El marco histórico de esta teoría tiene lugar a fines del siglo XIX, donde la soberanía de los países americanos no lograba consolidarse, en gran parte, debido a las injerencias extranjeras por las reclamaciones diplomáticas de inversores europeos y estadounidenses, respaldados por el antiguo derecho a intervención sin restricción alguna<sup>50</sup>. De esta forma, los países industrializados mantuvieron una actividad intervencionista, buscando proteger las inversiones de sus nacionales.

4. Así y todo, el sistema de protección diplomática que se estaba desarrollando no supo entregar las herramientas necesarias para los inversionistas ni dejar conforme a los Estados receptores de dicha inversión. Frente a esta problemática, el Banco Mundial propuso la creación de una organización internacional de carácter público que tuviera por objeto la resolución de dichos conflictos<sup>51</sup>: el CIADI, finalmente creado en virtud de un tratado internacional (Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965). El Banco Mundial pretendía lograr la promoción de la inversión extranjera hacia países en desarrollo, con el objeto de fomentar los procesos productivos y conciliar los intereses de las naciones en vías de desarrollo y los inversionistas provenientes de economías industrializadas<sup>52</sup>. Si bien las inversiones eran bien recibidas, estas traían consigo un riesgo de controversia con el Estado receptor, donde la nacionalidad era concebida como un factor de riesgo<sup>53</sup>. Existía el peligro de que, cuando la parte inversora era vencida, pudiera alegar una lesión a sus derechos, así como temer por la imparcialidad e independencia de los tribunales que conocieran de aquella disputa<sup>54</sup>.

Pese a las nobles intenciones del Banco Mundial, en 1965, América Latina fue la región que rechazó la idea de crear el CIADI, manteniendo la doctrina CALVO<sup>55</sup>. Esto es conocido como el “No de Tokio”, dada la negativa de los países americanos de firmar el tratado y crear dicho organismo<sup>56</sup>. Recién en la década de 1990, los Estados de la región se hicieron parte del sistema de arbitraje de inversiones, ratificando dicho convenio<sup>57</sup>. Asimismo, los Estados americanos comenzaron a suscribir distintos acuerdos de asociación e integración económica con Estados con industrias desarrolladas, por medio de los cuales también pactaron el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Lógicamente, Chile no es la excepción<sup>58</sup>. Pese a su lenta

42 SHAW (2008), p. 34 y RONCAGLIOLO (2015), p. 467.

43 VAN HULLE (2024), pp. 106-108.

44 PASTOR (2013), pp. 247-249

45 GARFE (1982), p. 492.

46 ORTEGA (2016), p. 16.

47 VAN HARTEN (2007), pp. 96-97.

48 ECHAIDE (2017), p. 373.

49 TAMBURINI (2002), pp. 82-84 y LINARELLI *et al.* (2018), p. 155.

50 TAMBURINI (2002), pp. 81-96 y MONTT (2009), pp. 38-45.

51 LOWENFELD (2009), pp. 49-53.

52 Lowenfeld (2009), pp. 49-50 y Kriebaum (2023), pp. 305-306. En este sentido, algunos autores recuerdan la influencia del Banco Mundial para que los Estados dejaran de explotar ellos mismos sus recursos mineros y pasaran a incentivar la iniciativa privada en la industria. Sierra-Camargo (2023), p. 274.

53 ECHAIDE (2017), p. 373.

54 ÁLVAREZ (2009), p. 669.

55 LOWENFELD (2009), p. 54.

56 LOWENFELD (2009), p. 54.

57 ECHAIDE (2017), p. 375.

58 Chile ha firmado más de una treintena de tratados bilaterales de inversión y más de una veintena de acuerdos de libre comercio. Para una lista detallada de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en esta materia, véase ANEXO I y ANEXO II.



incorporación, hoy es posible afirmar que la región es parte de este sistema de resolución de conflictos y ha superado la doctrina CALVO.

5. ¿Qué hizo posible la adopción de estos países, otrora reticentes, del arbitraje internacional como método de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras? A partir de fines del siglo recién pasado, es posible observar una tendencia internacional a la liberalización del comercio y de la economía. Lo anterior, en el contexto latinoamericano, se ha manifestado en el avance de la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales en materia de inversión que, entre otras, tienen por finalidad proteger dichas inversiones en los países receptores<sup>59</sup>.

Ahora bien, la ratificación de dichos instrumentos internacionales por diversos Estados no ha sido azarosa, puesto que se enmarca en una corriente política y económica que impera en el último tiempo: el neoliberalismo. Este proyecto ha pretendido implementar la libre circulación global de capitales, el tráfico de mercancías en función de los intereses de los países más ricos y en la contención de la circulación interestatal de la mano de obra<sup>60</sup>. En materia de instituciones legales, algunos autores han indicado que el neoliberalismo se ha caracterizado<sup>61</sup>, entre otras, por tres innovaciones: (i) la restricción legal a la capacidad del Estado para intervenir, más allá de lo necesario, en el funcionamiento del mercado<sup>62</sup>; (ii) la subordinación de este a las agencias financieras mundiales, y (iii) la adopción de un régimen legal de protección a la propiedad de inversionistas extranjeros, así como de la propiedad intelectual<sup>63</sup>.

En este sentido, es posible observar que algunos organismos internacionales se han mostrado en un rol proclive a la promoción del modelo de Estado neoliberal. Una manifestación de esto es lo que ocurre cuando un Estado se encuentra en una situación de poca solvencia para el pago de sus obligaciones de deuda: los bancos privados dejan de proveerles de crédito, a fin de que cuando el Estado acuda al FMI para acceder a sus recursos, este debe indicar cómo reformará su economía para devolver el dinero<sup>64</sup>. De esta forma, muchas veces el FMI puede acordar y proveer la ayuda económica, sujeta a la condición de que se aprueben algunas reformas orientadas a una mayor liberalización de la economía<sup>65</sup>. Otro aspecto de suma relevancia son las políticas desregulatorias que han experimentado algunos de estos países<sup>66</sup>. Estas consisten en la eliminación de obligaciones a la clase empresarial y en la atribución a esta para regular, por la vía del derecho privado, las relaciones entre agentes económicos. Esto no se traduce en que el Estado desaparezca; sino que se les ha atribuido capacidades normativas a las empresas, retirando las normativas estatales, o bien, adaptándolas a las exigencias empresariales<sup>67</sup>. El escenario anteriormente descrito ha servido para el florecimiento y afianzamiento del arbitraje internacional como método de resolución de conflictos en materia de inversiones extranjeras. En este sentido, hay autores que afirman que el neoliberalismo ha tenido un rol fundamental en el proceso de globalización, por medio de la liberalización del comercio y la promoción de la inversión extranjera<sup>68</sup>.

6. En esta coyuntura, dada la creciente relevancia del comercio, de la economía, de la ciencia y la tecnología, el Estado parece haber sido desplazado de su rol de liderazgo en la determinación de los lineamientos generales del sistema jurídico. Asimismo, se plantean distintos desafíos para el Estado, en materia de incorporar en su estructura normativa los mecanismos necesarios que le permitan reaccionar de manera eficiente ante las expectativas de los operadores jurídicos<sup>69</sup>. La anterior pretensión se ha cristalizado en el concepto de “derecho reflexivo”, es decir, un derecho que promueva la regulación a partir de las condiciones especiales de la práctica de cada conflicto<sup>70</sup>. Esto pretende superar la regulación jurídica de conflictos mediante la racionalidad material y la producción normativa de manera abstracta y autoritaria, puesto que el sistema reflexivo invita a formas de orientación social más abstractas e indirectas. Todo esto, a través de la reflexión del derecho de manera autónoma con otros sistemas, logrando así su autoorganización, a partir de condicionamientos, competencias y procedimientos que el mismo derecho propone como condiciones de autorregulación<sup>71</sup>. Se forma así un derecho que no proviene de la constitución o de la legislación, sino que del contacto del propio derecho con otras esferas sociales<sup>72</sup>.

59 SUÑÉ (2015), p. 198.

60 CAPELLA (2008), p. 289 y LINARELLI *et al.* (2018), p. 8 y 159.

61 La tarea de definir qué es el neoliberalismo no es sencilla, toda vez que agrupa a una serie de corrientes de pensamiento político e intelectual. Sin perjuicio de lo anterior, el denominador común entre las variedades de neoliberalismo viene dado por la importancia capital que se entrega al funcionamiento de los mercados. En este sentido, en términos jurídicos, el neoliberalismo busca abordar cuestiones tales como de qué forma se debe organizar el Estado para la creación o mantenimiento de mercados y de qué acciones debe abstenerse o cuáles debe implementar. BIEBRICHER (2016), pp. 837-839. De esta forma, el éxito en el funcionamiento del mercado es sinónimo de éxito para el Estado y sus ciudadanos. BLALOCK (2014), pp. 72-73.

62 SORNARAJAH (2015), p. 11.

63 DE SOUSA (2005), pp. 31-58

64 LINARELLI *et al.* (2018), p. 54.

65 CÁRDENAS (2015), p. 14.

66 SORNARAJAH (2015), p. 11.

67 CAPELLA (2008), p. 296.

68 SORNARAJAH (2015), p. 11 y VANDEVELDE (2016), pp. 57-60.

69 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1408.

70 TEUBNER (1983), pp. 249 y 266-270 y LUHMANN (2008), pp. 56, 60, 159, 425 y 430.

71 LUHMANN (2008), pp. 429-431.

72 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1408.

Esta concepción del derecho es una novedad, dado que emerge desde la periferia del ordenamiento tradicionalmente entendido y no tiene un origen en la legislatura nacional ni en los tribunales ordinarios de justicia<sup>73</sup>. En este sentido, destaca el derecho de las transacciones comerciales internacionales, el que representa un ejemplo de derecho reflexivo mundial<sup>74</sup>. Lo anterior, puesto que no tiene una legislación, y sus tribunales arbitrales no asientan jurisprudencia obligatoria, pero estos cuentan con un alto nivel de desarrollo. Esto se explica en el constante contacto entre el derecho y la praxis económica de las transnacionales, puesto que esta relación aporta una importante variable de posibilidades para la creación de decisiones con consecuencias jurídicas. El producto de esto ha sido el desarrollo de una nueva *lex mercatoria*<sup>75</sup>. El resultado de este proceso periférico y reflexivo de normativización ha devenido en un pluralismo legal, donde existe una íntima relación entre las comunicaciones de diverso origen, que son observadas en el ámbito jurídico y que crean decisiones jurídicamente vinculantes en esos espacios específicos<sup>76</sup>.

7. Parece ser que actualmente el escenario de producción normativa, tanto a nivel nacional, como internacional, ya no es exclusivamente estatal. La teoría clásica de la soberanía se torna cada vez más difusa, donde la misma soberanía es compartida por el Estado con otros actores. Existe una cierta fluidez y contacto del derecho con el comercio<sup>77</sup>, creándose fronteras difuminadas entre ambos espacios de acción. Una visión westfaliana clásica del Estado y del derecho nacional parece ser cada vez más remota y anacrónica, puesto que este se encuentra sujeto a nuevas dinámicas y la interrelación de distintos actores<sup>78</sup>. Tal vez sería correcto hablar de un modelo de Estado post-westfaliano, teniendo en consideración el posterior devenir de la construcción teórica de la soberanía y del derecho nacional.

8. En este contexto, alguna doctrina ha destacado la aparición del derecho administrativo global como un fenómeno que surge de un nuevo sistema regulatorio global<sup>79</sup>. En este sentido, se señala que a partir de la suscripción de distintos tratados internacionales y de la existencia de ciertas redes intergubernamentales de cooperación, ha resultado la creación de un sistema transnacional de regulación o cooperación regulatoria, trasladando muchas decisiones normativas del nivel nacional al internacional<sup>80</sup>.

Por su parte, los sujetos que actúan en la administración global son los Estados, los ciudadanos, las empresas transnacionales, algunas organizaciones no gubernamentales y otras formas de grupos intermedios<sup>81</sup>. Lo anterior, de forma tal que se desmonopoliza la creación normativa y los principios de las entidades gubernamentales y supranacionales<sup>82</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de este derecho administrativo global, se ha dicho que uno de los casos más emblemáticos viene dado por el arbitraje de inversiones<sup>83</sup>. Bajo este mecanismo, los inversionistas pueden impugnar regulaciones administrativas implementadas por el Estado anfitrión ante los tribunales arbitrales internacionales<sup>84</sup>. Lo anterior, si consideran que sus derechos se han visto afectados, a la luz de los tratados internacionales en materia de inversiones suscritos y ratificados<sup>85</sup>. En atención a lo anterior, la jurisprudencia arbitral ha reconocido el trato justo y equitativo que deben proveer los Estados a los inversionistas foráneos, sistematizando una serie de criterios y principios que debiesen regir el actuar estatal<sup>86</sup>. Dentro de estos últimos, destacan los principios normativos de protección de la confianza legítima, la prohibición de denegación de justicia y de transparencia<sup>87</sup>.

Asimismo, estos autores han indicado que las políticas del Banco Mundial sobre buena gobernanza, ya sean denominadas como asesoramientos, o como condiciones de ayuda financiera, han generado un importante impacto en los países en vías de desarrollo<sup>88</sup>. Así, se han establecido una serie de principios y reglas para la administración nacional, como, por ejemplo, prácticas de mayor transparencia y medidas para com-

73 LUHMANN (2008), pp. 30-31, 33, 160 y 292-293.

74 CALLIESS (2001), pp. 3-4 y TEUBNER (2017), pp. 491-493. Por su parte, hay autores que cuestionan el surgimiento de una verdadera desnacionalización del derecho, toda vez que lo existe es un derecho transnacional que combina los elementos del derecho estatal y de la práctica comercial. MICHAELS (2007), pp. 449-450 y 454-460.

75 CAPELLA (2008), p. 326, TEUBNER (2002), p. 206 y VON BOGDANDY y DELLAVALLE (2013), pp. 70-72.

76 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), pp. 1408-1409.

77 TEUBNER (1996), pp. 261-262.

78 FRANCA (2006), p. 100 y KRASNER (1999), p. 108.

79 KINGSBURY *et al.* (2005), p. 16.

80 CASSESE (2021), pp. 19-23 y CASSESE (2014), pp. 374-377.

81 HENNEBEL (2012), p. 71.

82 KINGSBURY *et al.* (2005), pp. 16 y 23-27 y DARNACULLETA (2016), pp. 22-28.

83 VAN HARTEN y LOUGHLIN (2006), pp. 148-150.

84 HERNÁNDEZ (2016), p. 148.

85 VAN HARTEN y LOUGHLIN (2006), pp. 145-148.

86 LIM *et al.* (2018), pp. 260-262 y SCHNEIDERMAN (2016), p. 137. Los paneles arbitrales han señalado, en general, que el nivel mínimo de trato justo y equitativo se quebranta cuando un acto atribuible al Estado es perjudicial para el inversionista extranjero y si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática. *Waste Management, Inc. v Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI N°ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, paras. 98 y 99.

87 KINGSBURY *et al.* (2005), pp. 36-37 y 46-47.

88 KINGSBURY *et al.* (2005), p. 37.

batir la corrupción<sup>89</sup>. Ahora bien, dada la dependencia de estos países de la ayuda monetaria y financiamiento externo, estas directrices suelen ser aceptadas e incorporadas sin resistencia en sus regímenes jurídicos domésticos<sup>90</sup>. De esta forma, paulatinamente los países han adaptado sus ordenamientos de acuerdo con las exigencias de las distintas entidades económicas internacionales<sup>91</sup>.

9. Es preciso recordar que el “sistema de mundo”, que se ha desarrollado aceleradamente en el último tiempo, tiene un marcado carácter capitalista, caracterizado por un impulso en la división del trabajo entre diversas partes del planeta. Ahora bien, por tratarse de un escenario mayoritario de alcance global, esto no se traduce en que este sistema-mundo tenga un desarrollo igualitario. La propia expansión de este sistema-mundo ha tenido por resultado una estructuración asimétrica del proceso creativo de reglas jurídicas; por un lado, están los creadores de las reglas que rigen el sistema, en su centro, encarnado por los países con economías industrializadas y el resto en la periferia del sistema, representado por los países menos desarrollados<sup>92</sup>. En esta dinámica, estos últimos Estados se ven obligados a acatar dichas medidas y reglas, puesto que de lo contrario se ven marginados del concierto internacional, así como de la ayuda monetaria de las entidades supraestatales internacionales<sup>93</sup>.

10. En este entramado sistemático, dividido entre el centro y la periferia, es posible estar ante la presencia de un sistema interestatal de Estados tímidamente soberanos. Lo anterior, puesto que no parece configurarse la soberanía en su sentido clásico, westfaliano, como poder autónomo de toda injerencia extranjera o fáctica. La concentración de capital en las zonas del centro del sistema permite que estas sean las encargadas de asentar las bases fiscales y políticas de este, creando Estados fuertes en el centro y asegurando que los aparatos estatales de la periferia se mantengan débiles. A su vez, este escenario se sostiene en la medida en que en el centro exista un gran desarrollo tecnológico y de innovación, mientras que los Estados de la periferia se encargan de proveer materias primas y mano de obra para el éxito del funcionamiento del sistema<sup>94</sup>.

El concepto de soberanía, entendido desde el siglo XVI como atributo del Estado-nación, pertenece a un universo intelectual previo al éxito del capitalismo como modelo económico. El proceso por el que la soberanía llega a ser parte elemental del Estado moderno y se asigna su titularidad al pueblo, o nación, discurre paralelamente al proceso de posicionamiento del capitalismo como forma económica y, a su vez, del mercado como mecanismo propio. Cierta doctrina se ha referido a una crisis de la teoría política tradicional, puesto que los poderes estatales se ven limitados por fuerzas externas y superiores en su actuación, en particular, estas fuerzas imponen la progresiva concentración y transnacionalización del poder económico<sup>95</sup>.

11. La globalización ha importado una serie de consecuencias para las ciencias sociales, siendo el derecho una de ellas. Este proceso ha implicado la ruptura de algunas teorías clásicas, así como el surgimiento de nuevas interrogantes que abordar e intentar responder. Frente a esto, cabe preguntarse si aún es posible hablar de Estado-nación, o bien, si es que este ha experimentado alguna transformación. En este sentido, cabe cuestionarse ¿cuál es el actual rol del Estado en la producción normativa en el contexto de la globalización?<sup>96</sup>.

Este fenómeno entra también en contacto con las fuentes del derecho, al menos, en su creación formal; lo anterior, haciendo visible la tensión entre la clásica visión de las fuentes y el actual antiformalismo y las nuevas fuentes de producción normativa. Ahora bien, es posible cuestionarse si el afianzamiento de un pluralismo jurídico ha implicado también un cambio en la teoría de fuentes del derecho ¿en qué medida es posible el reconocimiento y validación jurídica de identidades normativas ajenas al positivismo estatal? Parece necesaria la revisión de la teoría, en atención al reconocimiento de nuevas fuentes creadoras del derecho<sup>97</sup>.

Malamente puede decirse que la globalización es sinónimo de la constitución de una sociedad mundial; más bien, algunos autores han intentado mostrarla como un concepto empírico y heterogéneo. En este sentido, no parece correcto hablar de una aldea global, sino más bien, de un nuevo modo de operar de las comunicaciones, de forma horizontal y especializada, y en un constante proceso de expansión. La globalización puede ser entendida como la desnacionalización de las comunicaciones, ahora bien, parece evidente que este fenómeno ha penetrado en la ciencia jurídica, de manera tal que resulta prudente preguntarse en qué medida ha afectado esta desnacionalización al propio derecho<sup>98</sup>.

## **b) Teorías contemporáneas de las fuentes del derecho.**

89 CASSESE (2014), p. 375.

90 LINARELLI *et al.* (2018), p. 54.

91 KINGSBURY *et al.* (2005), pp. 36-37 y 46-47.

92 MANCILLA (2019), p. 123.

93 LINARELLI *et al.* (2018), p. 54 y ARÉVALO (2008), p. 79.

94 MANCILLA (2019), p. 124.

95 CAPELLA (2008), pp. 305-307.

96 ARÉVALO (2008), p. 80.

97 ARÉVALO (2008), p. 86.

98 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1393.

1. A partir de la consolidación de la teoría de la soberanía y la visión estatal de la producción normativa, se ha afianzado una teoría clásica de las fuentes del derecho y de las reglas jurídicas. En este sentido, se ha dicho que una fuente del derecho se entiende como válida por la posición que ostenta en una jerarquía de normas en el ordenamiento jurídico, así como todas estas se encuentran validadas en última instancia por una regla jurídica superior y de clausura<sup>99</sup>. Ahora bien, como dice HART, puede que esta última no se encuentre expresada y se traduzca más bien en un hecho<sup>100</sup>.

La teoría de las fuentes del derecho, junto con un carácter organizador y sistematizador, ha tenido por propósito delimitar y justificar la validez de los preceptos en el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en virtud de la posición que dicha fuente ostente en la jerarquía normativa<sup>101</sup>. Lógicamente, dicha formulación teórica se enmarca en una visión estatal del derecho, donde este tiene el monopolio absoluto en su creación; ora en el derecho nacional, dictado por un legislador soberano, ora en el derecho internacional, donde el derecho tiene su origen en el consenso entre Estados igualmente soberanos<sup>102</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, en atención a la irrupción de nuevos actores y factores en el acontecer global, es posible observar que el Estado ha sido desplazado de su rol preponderante en fijar los lineamientos generales de la producción del derecho<sup>103</sup>. Si bien este sigue ostentando, *grosso modo*, el monopolio en la creación de textos normativos, el polo parece haber salido del ámbito estatal y se está dirigiendo a nuevos espacios. Estos son llamadas zonas de contacto, donde el derecho se desarrolla a partir de periferias sociales, es decir, del contacto de este con otros sistemas sociales<sup>104</sup>.

2. En el marco de dicho contacto, es imprescindible tener en consideración lo que ocurre con el mercado y el arbitraje internacional. En esta materia, la producción del derecho no se guía exclusivamente por un derecho estatal, ni por las relaciones entre los Estados soberanos<sup>105</sup>; lo anterior, puesto que es posible observar que este derecho surge de un ámbito distinto, esto es, el contacto de este con otras esferas sociales. En este caso, dicha esfera es el ámbito del comercio e inversión internacional, el que se ha traducido en el surgimiento de una nueva *lex mercatoria*<sup>106</sup>. Ahora bien, los autores discuten y son reacios a reconocer la aplicación de esta nueva *lex mercatoria* a los conflictos que surgen de la inversión extranjera y, en general, se limitan a los casos de arbitraje de inversiones que surgen del contrato suscrito entre los Estados y los inversionistas<sup>107</sup>. En el caso del arbitraje de inversiones que surge de un tratado internacional, el derecho aplicable a la controversia surge del propio instrumento internacional, que establece una serie de estándares que deben ser respetados por los Estados, como lo son el trato nacional y la protección y seguridad total<sup>108</sup>.

En este sentido, es posible observar una hipótesis, al menos teórica, en la que se le aplica a un Estado una regla jurídica que no tiene su origen en la producción normativa de carácter estatal o interestatal<sup>109</sup>. Lo anterior, toda vez que se conceptualiza a la nueva *lex mercatoria* como un “sistema normativo blando”, elaborado por organizaciones independientes no estatales y que no cuenta con una sanción estatal predeterminada. Una de las definiciones más ambiciosas para la nueva *lex mercatoria* indica que esta es un orden legal autónomo, creado espontáneamente por las partes envueltas en una relación económica internacional y que existe con independencia de la legislación nacional de los Estados<sup>110</sup>. Ahora bien, esta definición encuentra críticos entre los autores, toda vez que si bien reconocen que esta forma de *lex mercatoria* escapa de la pretensión de que los sistemas legales sean nacionales, concluyen que lo que es una cooperación estatal-privada en la elaboración de reglas para las controversias que surgen del comercio internacional<sup>111</sup>.

3. La situación descrita pugna en cierta medida con las teorías clásicas del derecho. ¿Es posible aceptar y reconocer la validez de normas que no tienen un origen en un Estado soberano? ¿En qué medida la adopción de la nueva *lex mercatoria* en la resolución de ciertos conflictos implica un desafío para la teoría de una norma superior de reconocimiento, que le otorgue validez a dicho sistema? Parecía claro, al menos en el relato jurídico moderno, que la validez de las reglas jurídicas viene dada por su reconocimiento en una

99 KELSEN (1960), pp. 31-35.

100 HART (1963), p. 127.

101 CORDERO (2009), pp. 12-14.

102 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1398. En cuanto al sistema de fuentes del derecho internacional, uno de los elementos comunes a ellas es la aceptación estatal de vinculación o consentimiento. BENAVIDES (2021), pp. 3-5.

103 CORDERO-MOSS y FERNÁNDEZ ARROYO (2023), pp. 37-40.

104 TEUBNER (1996), pp. 261-262.

105 Sin perjuicio de que son los propios Estados soberanos los que suscriben acuerdos internacionales por medio de los cuales pactan el arbitraje de inversiones como método de resolución de conflictos entre el Estado receptor y el inversor extranjero. LIM *et al.* (2018), pp. 31-34 y 87-88.

106 DUMBERRY (2016), pp. 351-364.

107 VOSS (2011), pp. 30-31.

108 LIM *et al.* (2018), pp. 262, 278-281 y 295-296.

109 HALFMANN (2008), p. 290.

110 PARK (2012), pp. 591-595.

111 MICHAELS (2007), pp. 465-466.

norma de superior jerarquía, y que dicho precepto obedece a una teoría de fuentes lógicamente articulada<sup>112</sup>, ¿qué sucede entonces con la validez de este nuevo sistema que cada vez cobra más relevancia en el concierto nacional e internacional? Es importante tener en consideración que dicho sistema, dado su carácter nacional, carece de un respaldo coercitivo que garantice su cumplimiento irrestricto ¿es correcto afirmar que este carácter, otrora elemento indispensable en una definición del derecho, no parece ser relevante para la validez de una norma jurídica?

4. Frente a estas cuestiones, cierta doctrina ha intentado dar una solución al problema teórico de la validez jurídica de dicho sistema. Vale destacar que este parece un conflicto de este orden, puesto que en la práctica no ha suscitado mayores inconvenientes, dado que se acepta la validez y la obligatoriedad de preceptos que tienen su origen en la nueva *lex mercatoria*. Estos autores han dicho que es posible salvaguardar la validez de este sistema jurídico, recordando la separación, pero interdependencia, que existe entre el derecho y el sistema político<sup>113</sup>.

La visión nacional y estatal del derecho es tradicional en la historia jurídica moderna. El Estado garantiza la vigencia de la ley, mediante el monopolio de la coerción que ostenta, así como maneja las directrices del desarrollo normativo. El acoplamiento entre derecho y política, así como su mutua interrelación, suele ser uno de los fundamentos para su autonomía funcional: este acoplamiento se logra a través de la constitución, norma suprema que garantiza la vinculación legal de la política y habilita la política en el derecho<sup>114</sup>.

5. Ahora bien, parece necesario realizar un desacoplamiento intelectual entre la ley y el sistema político, a fin de aclarar la función propia del derecho, la que podría conceptualizarse como el establecimiento de la expectativa normativa para la sociedad. En este sentido, es importante destacar que la aplicación de las normas jurídicas en la cotidianidad no es un logro propio de la ley, sino de las organizaciones que ostentan el poder y que deben hacer cumplir la ley con la amenaza de sanciones<sup>115</sup>. Esto último dice relación más bien con el sistema político. En atención a este desacoplamiento analítico, se ha dicho que la validez jurídica no espera órdenes de la política para entenderse como válida; la validez del derecho estaría autocontenida en el propio derecho<sup>116</sup>, una vez sancionado como derecho y utilizado como fundamento de una decisión jurídica<sup>117</sup>. Lo anterior no suprime la interdependencia entre el sistema jurídico y el político, sino que reafirma que se trata de esferas separadas; la política coopera con la expectativa normativa que entrega el derecho, asegurando la estructura<sup>118</sup>.

6. De esta forma, si se entiende que derecho y política son sistemas acoplados y que, a su vez, evolucionan de manera interrelacionada: es menester tener en consideración la influencia mutua que existe entre ellos. Asimismo, se ha dicho que lo relevante en un régimen es observar cómo se manifiesta la comunicación entre ambos sistemas; es decir, entre la esfera jurídica, que consta en decisiones jurídicamente válidas, y la esfera política, que se traduce en las decisiones colectivas vinculantes. Para esta teoría, lo que importa para la validez de una regla jurídica es la influencia mutua que cada sistema o esfera representa para la otra, es decir, la mutua interrelación entre el derecho y la política<sup>119</sup>.

7. A mayor abundamiento, se dice que la validez de una regla jurídica no se deduce necesariamente a partir de la situación de esta con respecto a una jerarquía de fuentes normativas, como se ha entendido tradicionalmente a la luz de la teoría de fuentes del derecho<sup>120</sup>. Según esta teoría, pareciera ser que el ordenamiento jurídico se compone de todas aquellas comunicaciones que suceden en la propia práctica jurídica, es decir, que se les reconozcan como decisiones jurídicas válidas y que en virtud de esto se les atribuya capacidad para decidir jurídicamente acerca de una situación o conflicto<sup>121</sup>. En otro orden de ideas, la validez jurídica yace en una relación circular entre decisión, aplicación y determinación de la distinción entre lo jurídicamente válido y aquello que no lo es. Pareciera ser que los criterios de formación del derecho no son suficientes, puesto que la validez del derecho se ganaría, en definitiva, a través de la praxis jurídica<sup>122</sup>.

El derecho entra en vigor mediante el derecho mismo<sup>123</sup>. Para esta teoría jurídica, la anterior acepción es fundamental, puesto que sería el único método suficiente para demostrar la validez jurídica. De esta forma, toda vez que un texto normativo permite realizar la distinción entre qué es jurídicamente válido y qué no lo es, se estaría frente a una norma de derecho. Asimismo, se recalca que el nivel de precisión de la regla no es

112 CORDERO (2009), p. 13.

113 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1398 y LUHMANN (2008), pp. 359-360, 363-364, 409-410.

114 HALFMANN (2008), p. 283.

115 HALFMANN (2008), p. 285. En este sentido, el arbitraje de inversiones, en particular en el marco del CIADI, cumple con esa promesa, toda vez que sirve para estabilizar las expectativas normativas que surgen para los inversionistas en función de un instrumento internacional. VON BOGDANDY y VENZKE (2014), pp. 90-91.

116 LUHMANN (2008), p. 157.

117 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1401.

118 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1401.

119 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1401 y LUHMANN (2008), pp. 162-164.

120 CORDERO (2009), p. 13.

121 LUHMANN (2008), pp. 60 y 156-162.

122 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1402.

123 LUHMANN (2008), p. 157.

algo relevante; el *soft law* no es un nivel blando de juridicidad, sino que debe entenderse como otra forma de expresar el derecho<sup>124</sup>. Lo anterior, en especial, en el marco del afianzamiento del derecho transnacional y de la nueva *lex mercatoria*, a los que sirve mucho este carácter poco preciso del texto jurídico, puesto que colabora con la adaptabilidad necesaria en dichos negocios jurídicos<sup>125</sup>. El derecho no es solo la ley, tampoco la regla jurídica positiva: el derecho es la decisión jurídicamente válida<sup>126</sup>. La formulación y precisión tampoco son los caracteres fundamentales del derecho, sino que estos estarían dados por la forma en que el derecho se manifiesta. Lo anterior, a través de la decisión jurídica de los conflictos, de la mano de tribunales, y el respaldo coercitivo para el cumplimiento de dichas reglas, a través de los órganos políticos correspondientes.

8. En atención a lo expuesto, queda de manifiesto que en esta teoría el acento está puesto sobre los tribunales de justicia, puesto que a partir de la actividad de estos se entiende cuál es el derecho aplicable. Las distintas expectativas normativas entregadas por el derecho adquieren validez jurídica al ser reconocidas por las decisiones tomadas por los tribunales. La actividad política pretende definir el instrumento jurídico, pero en ningún caso decide jurídicamente, puesto que esta es una tarea propia de los tribunales<sup>127</sup>. El carácter normativo atribuido a la *lex mercatoria* se entiende, en el sentido de que permite distinguir entre lo que es jurídicamente válido y aquello que no lo es, en el ámbito de las transacciones comerciales y de las inversiones internacionales<sup>128</sup>. Ahora bien, en materia de *lex mercatoria*, más que de tribunales de justicia, parece acertado hablar de paneles arbitrales, puesto que suelen ser estos quienes deciden las controversias suscitadas en esta materia, decidiendo en base a dicho sistema normativo. Los árbitros pronuncian sus laudos basándose en un nuevo derecho, en tanto les permite distinguir entre lo jurídicamente válido y lo que no<sup>129</sup>.

La validez para la competencia de dicho tribunal arbitral suele venir dada por un contrato, en caso del comercio internacional<sup>130</sup>, o por un APPI, en materia de inversiones extranjeras<sup>131</sup>. Ahora, en cuanto a la competencia de dicho árbitro, se ha reconocido un principio fundamental para el caso del arbitraje comercial, llamado *Kompetenz-Kompetenz*<sup>132</sup>, en virtud del cual se le asigna al propio tribunal arbitral la competencia para decidir sobre su propia competencia, sin que sea necesario recurrir para estos efectos a la justicia ordinaria<sup>133</sup>. Los árbitros no representan a Estados ni fundan sus atribuciones en la soberanía nacional, ellos obedecen al mandato que les entregan las propias partes en el conflicto<sup>134</sup>. La anterior acepción cobra sentido en la teoría de validez jurídica anteriormente expuesta, no así de manera cabal en las escuelas positivistas del derecho ni en la visión estrictamente estatal del derecho. Esto, ya que la *lex mercatoria* no encuentra un origen directo en la producción normativa del Estado<sup>135</sup>, ni obedece a una jerarquía de fuentes ordenada en una pirámide normativa.

9. Así y todo, es necesario despejar una duda que puede suscitar dicha teoría jurídica, en relación con el respaldo coactivo de la regla jurídica. Nuevamente, es importante destacar que el precepto jurídico no tiene por propósito asegurar el comportamiento del destinatario, sino que pretende proteger a quien tiene tal expectativa<sup>136</sup>. En este sentido, parece ser que la sanción y la existencia de una amenaza coactiva no es lo que define una regla como regla jurídica. La *lex mercatoria* no cuenta con sanciones legales propias, puesto que su ejecución depende de la colaboración de tribunales estatales; lo anterior malamente podría llevar a concluir que este sistema no reviste el carácter de normativo. Con todo, la existencia de una sanción no es lo que hace de una regla una norma jurídica. La ejecución de normas no es una pretensión básica del derecho, sino que corresponde a las organizaciones que están dotadas del monopolio coercitivo en un sistema, es decir, de la política. Asimismo, la sanción tiene relevancia en cuanto contiene un valor simbólico de apoyo al proceso normativo<sup>137</sup>.

10. De acuerdo con lo anterior, se entiende que no es relevante identificar, para efectos jurídicos, de dónde reciben el apoyo simbólico los preceptos legales, sea de organizaciones estatales o interestatales. Ahora bien, lógicamente es beneficioso para un sistema normativo contar con el reconocimiento expreso del ordenamiento jurídico nacional, con todo, dicho reconocimiento y apoyo no tiene el carácter de esencial para el sistema normativo<sup>138</sup>. En el marco de esta teoría jurídica, la sanción pierde su papel tradicional como concepto central para la elaboración de una definición de derecho. La sanción, como tal, es política, pertenece al aparato político de represión delimitado por el Estado. Al derecho no le compete lograr la ejecutividad de la

124 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), pp. 1401-1402.

125 TEUBNER (1996), p. 279 y TEUBNER (2002), pp. 208-210.

126 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1401.

127 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1402.

128 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1413.

129 TEUBNER (2002), pp. 208-210 y MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1412.

130 PARK (2012), pp. 614-615.

131 DUMBERRY (2016), pp. 383-391.

132 VÁSQUEZ (2010), pp. 181-196.

133 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), pp. 1415-1416.

134 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), p. 1417.

135 PARK (2012), pp. 593-595.

136 LUHMANN (2008), pp. 147-156.

137 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), pp. 1415-1416.

138 MASCAREÑO y MEREMINSKAYA (2005), pp. 1415-1416.

norma jurídica<sup>139</sup>.

### 3. COMENTARIOS FINALES.

La idea de justificación de una regla jurídica, a partir de la voluntad del destinatario de esta, ha sido una figura imprescindible para sustentar de manera satisfactoria la legitimación del poder. La estatalidad del derecho ha sido una de las bases del ordenamiento jurídico nacional; el Código Civil lo confirma y recuerda a la ley como la principal fuente del derecho, la que tiene su fuente en la soberanía nacional y debe ser expresada conforme a la Constitución.

Frente a la visión clásica del sistema de fuentes y una producción normativa exclusiva en manos del Estado, han aparecido nuevos factores que han hecho mutar el paradigma clásico. Paulatinamente, los Estados han incorporado en su legislación distintos instrumentos internacionales en materia económica, con el objeto de promover y proteger las inversiones extranjeras. Esta situación no ha sido producto del azar, ya que se enmarca en una corriente política y económica neoliberal. Con este proyecto, se aspira, entre otras cosas, a una mayor circulación de capitales y a un mayor tráfico de mercancías en función de los intereses de los países con economías más prósperas. Asimismo, los Estados que han adoptado este sistema implementaron en algún momento políticas desregulatorias, con el objeto de reducir las limitaciones al desarrollo de actividades económicas y otorgar a las empresas la facultad, por vía del derecho privado, para regular las relaciones jurídicas entre los agentes económicos.

A partir de lo anterior, parece ser que el Estado se ha visto desplazado de su rol preponderante en determinar los lineamientos generales de la producción normativa. Ha surgido una noción de “derecho reflexivo”, en virtud de la cual se promueve la regulación legal a partir de las condiciones particulares de la práctica de cada tipo de conflicto. En este sentido, surge un derecho que no proviene únicamente de la constitución, sino del contacto del derecho con otras esferas sociales, en este caso, con el comercio y la economía mundial.

Frente a esta situación, cabe preguntarse si es posible aceptar y reconocer la validez de normas que no tienen origen en un Estado soberano. Algunos autores han intentado responder esta cuestión, afirmando que es preciso separar conceptualmente, pero recordando la interdependencia, entre el derecho y el sistema político. Así, la validez del derecho está autocontenida en el propio derecho, cuando este es sancionado como tal y utilizado como fundamento para una decisión jurídica. A su vez, la tarea de la política radica en que se cumpla la expectativa normativa que existe del derecho, aun a través de la fuerza. La validez de una norma jurídica no se deduciría a partir de la posición de esta en la jerarquía de fuentes; la validez jurídica yace en una relación circular entre decisión, aplicación y determinación entre lo que es jurídicamente válido y lo que no. En el caso de la nueva *lex mercatoria*, quienes reconocen y deciden jurídicamente son los tribunales arbitrales internacionales: los árbitros han pronunciado fallos basándose en este derecho de origen no estatal.

139 TEUBNER (1996), p. 269.

## CAPÍTULO II.

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN.

La idea de que la jurisdicción es consustancial a la soberanía es relativamente reciente en el pensamiento político y en la teoría jurídica. Si hoy la jurisdicción es entendida como inherente a la soberanía estatal, es producto del devenir histórico-político europeo, que acopló la jurisdicción al poder soberano del rey medieval y, posteriormente, a la figura moderna del Estado. Ahora bien, sin perjuicio de que hoy la jurisdicción es entendida como una función pública privativa del Estado, lo cierto es que ya en el medioevo el poder regio amparó la creación de tribunales especiales con el objeto de dar respuesta a los conflictos jurídicos que surgían en el seno del comercio internacional. Por su parte, la Constitución Política de la República propone un esquema de jurisdicción en el que la función jurisdiccional recae exclusivamente en los tribunales establecidos por ley. ¿Constituye el arbitraje de inversiones un tribunal establecido por la ley en los términos que exige el mandato constitucional? ¿Existe alguna relación entre los tribunales mercantiles medievales y el actual fortalecimiento del arbitraje como método de resolución de controversias en el comercio e inversión internacional?

Con el objeto de ensayar una respuesta a las preguntas planteadas, en el presente capítulo se propone la siguiente estructura. En la primera sección se aborda la teoría de la jurisdicción y la configuración del arbitraje. En primer lugar, se analiza históricamente el devenir de la jurisdicción y su asociación al concepto de soberanía estatal. Enseguida, se revisa el surgimiento del arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias paradigmático en sede internacional y, en particular, la adopción del arbitraje de inversiones por parte del Estado chileno. Por su parte, en la segunda sección se profundiza en el esquema de jurisdicción establecido en la Constitución Política de la República. En este sentido, se analiza el marco constitucional para el ejercicio de la jurisdicción en Chile. En el marco de dicho análisis, se revisa la posición que ocupa el arbitraje en este esquema, toda vez que el arbitraje de inversiones encuentra su fuente en los tratados internacionales que ha suscrito y ratificado el Estado de Chile.

### 1. TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE EN GENERAL.

El propósito de esta sección es analizar la teoría de la jurisdicción y cómo se configura el arbitraje de inversiones en su respecto. En este sentido, primero se examina la teoría de la jurisdicción desde una perspectiva histórica y dogmática. Enseguida, se revisa el surgimiento del arbitraje internacional como el método de resolución de controversias en materia comercial y de inversiones. Por último, se analiza críticamente la incorporación del arbitraje de inversiones en el ordenamiento jurídico chileno.

#### a) Teoría de la jurisdicción.

1. En la era moderna se ha comprendido a la jurisdicción dentro del concepto de soberanía, en este sentido la primera es entendida como la potestad de aplicar el derecho de manera coercitiva en un territorio determinado. En este sentido es preciso destacar que esta concepción encuentra su origen en el pensamiento ilustrado, para el cual la jurisdicción es una función estatal, dado que la organización del ordenamiento jurídico y la producción normativa eran facultades privativas del Estado<sup>140</sup>.

Ahora bien, este poder jurídico coactivo no ha estado siempre unido a la soberanía. De cierta forma, es posible señalar que la noción de jurisdicción es anterior en términos históricos. Jurisdicción viene del latín *ius dicere*, que puede conceptualizarse como la declaración coactiva del derecho por quien tiene la potestad para ello<sup>141</sup>. En la tradición romana, el *iudex*, o juez, no era un perito jurídico, sino más bien un lego que desempeñaba una función de arbitraje, presidiendo el arreglo de controversias jurídicas de acuerdo con fórmulas proporcionadas por el *praetor*. El juez no era un experto en derecho y tenía un poder muy limitado; en su caso, para consultas legales, era propio dirigirse al jurisconsulto<sup>142</sup>.

2. Entonces, si la expresión jurisdicción tiene un origen romano, ¿por qué aquello que hoy se denomina jurisdicción dista tanto de su origen? Su evolución conceptual viene dada por su propio devenir históri-

140 DOMINGO (2008), p. 74.

141 DOMINGO (2008), p. 74.

142 MERRYMAN (1980), p. 68 y GUZMÁN (2013), pp. 30-34, 56-80, 113, 131-139, 171-172, y 229.



co-político: durante el período imperial, la resolución de controversias entre ciudadanos romanos paulatinamente empezó a quedar en manos de funcionarios, quienes sí eran versados en derecho, aunque su función principal era la de aplicar la voluntad del emperador<sup>143</sup>. De esta forma, es posible advertir que lentamente la facultad de decidir la solución normativa aplicable a un caso se asocia a la autoridad del sentenciador.

Luego de la caída del imperio romano de occidente, surgieron en Europa pequeños reinos, cuyos monarcas lentamente fueron concentrando y centralizando su poder, por medio de profundas reformas en los mecanismos de ejercicio de su poder político<sup>144</sup>. En el medioevo europeo cobró relevancia la figura del juez cuyo poder viene amparado por la figura del rey. La expresión de la sentencia es entendida como un pronunciamiento de justicia para un caso concreto, como resolución de cada litigio particular con arreglo a la conciencia jurídica que el monarca encarna o representa, y que se aplica finalmente al caso determinado<sup>145</sup>. Así, es posible entender que la función jurisdiccional guarda relación no solo con decir el derecho aplicable, sino también con la manifestación del poder soberano de la autoridad, en otras palabras, con la propia concepción de justicia del monarca<sup>146</sup>.

De esta forma, se empezó a consolidar una figura del Estado, en que la soberanía se concentra en las manos de un monarca absoluto y se extiende sobre un territorio determinado. El rey era el depositario exclusivo del poder y ejercía la soberanía, con entera independencia, aun siendo el rey el juez supremo, la jurisdicción es consustancial a la soberanía<sup>147</sup>. Este proceso dio como resultado el afianzamiento de la figura del Estado y la monarquía absoluta, las que jugaron un rol relevante en la relación del poder estatal con la soberanía y la jurisdicción<sup>148</sup>. A modo ilustrativo, esta unión entre el monarca y la justicia fue manifiesta en el modelo castellano de judicatura, donde el rey Carlos III de España prohibió a los jueces y a la audiencia de Mallorca motivar sus sentencias<sup>149</sup>.

En este tiempo, es posible afirmar que el titular de la jurisdicción es el monarca y aun el rey es juez en su origen. Ahora bien, para desarrollar esta labor, fue preciso que el monarca se dotara de funcionarios que le asistieran en sus funciones. Para esto, fue necesario que el rey delegara sus tareas en funcionarios, con el fin de descongestionar la administración real. De esta forma, la jurisdicción se entendió como el poder o autoridad para gobernar y poner en ejecución las leyes y, especialmente, el poder con que han sido investidos los jueces para administrar justicia en nombre del rey soberano<sup>150</sup>. En este sentido, es posible hablar de una justicia delegada, en cuanto su administración es delegada por el monarca a sus funcionarios, administrando estos la justicia en su nombre<sup>151</sup>.

3. Asimismo, al amparo del poder real surgieron en algunas ciudades y Estados bajomedievales la figura de los tribunales mercantiles. Estos órganos jurisdiccionales se asocian al surgimiento del derecho comercial, entendida como una rama separada del derecho civil, elaborado por y para los comerciantes<sup>152</sup>. Estos mercaderes se solían agrupar en corporaciones y gremios, en virtud de los cuales crearon sus propios tribunales especiales, con el objeto solucionar las controversias que se suscitaban entre ellos<sup>153</sup>. A modo ilustrativo, vale destacar el *Consolat de Mar*, como una institución clave para dirimir los conflictos entre comerciantes en el medioevo catalán<sup>154</sup>. Esta figura surgió en un momento en que los mercaderes requerían de soluciones celeras y eficaces para sus problemas y eran necesarios un conocimiento acabado de los usos y costumbres mercantiles<sup>155</sup>. Por su parte, los textos jurídicos existentes, como el código Justiniano, aparecen como insuficientes y anacrónicos<sup>156</sup>. Asimismo, es importante considerar que dichos tribunales estaban integrados por hombres de mar y comerciantes, atendido que estos eran los mejores versados en los usos comerciales esenciales para resolver las controversias que pudieran suscitarse<sup>157</sup>.

Los tribunales mercantiles se desarrollaron para responder a necesidades específicas del tráfico mercantil y de la navegación, así como para garantizar el respeto de los contratos que se suscribían y las actividades que se desarrollaban. Estas instituciones mercantiles dependieron de los privilegios de los monarcas,

143 MERRYMAN (1980), pp. 68-69.

144 KREBS (1979), pp. 19-37.

145 MARTÍNEZ (2010), p. 319.

146 MARONGIU (1953), pp. 705-707.

147 KREBS (1979), p. 34.

148 KREBS (1979), pp. 19-37.

149 ALDUNATE (2001), p. 193.

150 HUESBE (1995), p. 342.

151 BORDALÍ (2016), pp. 15-21.

152 MERRYMAN (1980), pp. 32-33.

153 MIRALLES DE IMPERIAL (2017), pp. 56-57.

154 Ahora bien, es menester tener en consideración que el término *Consolat de Mar* importa dos elementos distintos, pero estrechamente relacionados: (i) por un lado, se hace referencia al código que recopila las normas de derecho marítimo y comercial aplicadas en el mar mediterráneo, es decir, el libro del *Consolat de Mar*, y (ii) por el otro, recibían este nombre las instituciones encargadas de dirimir los conflictos que surgían de la navegación y el intercambio comercial marítimo.

155 FERRER (1999), pp. 53-65.

156 FERRER (1999), pp. 53-65.

157 MIRALLES DE IMPERIAL (2017), p. 57.

puesto que estos habilitaban la constitución de estos tribunales especiales para un gremio determinado<sup>158</sup>. El otorgamiento de dichos privilegios fue producto del éxito de la alianza entre la monarquía y las familias de mercaderes que habían sostenido económicamente sus campañas militares y, por tanto, su propio poder político<sup>159</sup>. Así las cosas, es preciso tener en consideración que, si bien proliferaron en las ciudades del mediterráneo europeo estos tribunales especiales, como fue el caso del *Consolat de Mar*, estos tuvieron su razón de ser en virtud de los privilegios otorgados por el propio rey. El rey sigue siendo el detentor de la soberanía y de la jurisdicción, un rey juez, y en virtud de esta figura le otorga dichas prerrogativas a un gremio determinado, como es el caso de los mercaderes y navegantes<sup>160</sup>.

4. Posteriormente, por medio de la Revolución Francesa, la función jurisdiccional sufrió cierta transformación, pero sin perder su estricta unión a la noción de soberanía. El cambio vino dado en cuanto a los jueces y a la aplicación del derecho; esta ya no se asociaba a la autoridad del monarca, sino más bien a la autoridad que entrega la propia ley<sup>161</sup>. Los revolucionarios pretendieron llevar la doctrina de separación de poderes al extremo, lo que condujo a negarles a los jueces toda función interpretativa de la ley, puesto que esta era la propia voluntad soberana manifestada. La propia legislación era la única encargada de guiar al juez en su labor, limitándose este a aplicarla de manera irrestricta<sup>162</sup>.

Otrora los jueces eran funcionarios del rey y administraban la justicia en su nombre<sup>163</sup>, ahora carecían de dichas prerrogativas y eran personajes secundarios en el derecho. La función jurisdiccional era una labor que no admitía interpretaciones ni carices intermedios, debiendo exigírsele al poder legislativo la solución para cualquier problema de interpretación legal. Esto, en el entendido revolucionario de que si la ley no regula ciertos elementos, esto debe ser respondido por el legislador, toda vez que los tribunales se deben mantener ajenos a la producción normativa<sup>164</sup>. Al poco andar, fue manifiesta la ineptitud de esta distribución de poderes, dado que el poder legislativo se veía atascado con una labor de interpretación tediosa y repleta de trivialidades. Frente a esta situación, como respuesta respetuosa de la doctrina de separación de poderes, se creó un órgano gubernamental que tuviera por fin la anulación de las interpretaciones incorrectas de la ley de los tribunales: el Tribunal de Casación<sup>165</sup>. Con esto se salvaguardaba la supremacía legislativa; los jueces ordinarios se veían impedidos de interpretar los estatutos jurídicos, y la legislatura se eximía de dicho trabajo<sup>166</sup>.

Los revolucionarios criticaron que la sentencia haya estado durante siglos ligada a la voluntad del señor que ejercía el poder, en vez de ajustarse a criterios objetivos bajo la forma de la ley<sup>167</sup>. De esta forma, si en el antiguo régimen la sentencia era un brazo del rey para manifestar su poderío, en la era moderna se hizo el esfuerzo por racionalizar el ejercicio de la jurisdicción y la administración de la justicia. En este sentido, fue preciso conceptualizar a la administración de justicia no solo como una manifestación de poderío del ente soberano, sino también como producto de un proceso racional. Así las cosas, la inseparable relación entre el derecho y el poder político condujo a una simbiosis de la justicia y la política<sup>168</sup>.

5. En este esfuerzo racionalizador, propio de los valores de la Ilustración y de la doctrina de separación de poderes, se fue desarrollando paulatinamente una teoría de la jurisdicción, estrechamente relacionada con la soberanía. La teoría del soberano como titular de la jurisdicción es también recogida por la filosofía política. Thomas HOBBS (1588-1679), en su *Leviatán*, recuerda que la jurisdicción es inherente a la soberanía<sup>169</sup> y entiende a la primera como el oír y decidir de todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, en relación con los hechos. El inglés recuerda la importancia de esta facultad, amén de su visión práctica del Estado, en cuanto este ha surgido para proporcionar seguridad a quienes lo integran y lograr cierta paz social en la población<sup>170</sup>. Parece ser claro que, para HOBBS, la jurisdicción es consustancial a la soberanía<sup>171</sup>.

6. Algunos hablan de la jurisdicción como una facultad de los jueces, en un sentido científico y restringido, para administrar la justicia. Otros, recordando la importancia de la soberanía y la potestad pública, hablan de la jurisdicción como un poder-deber, en tanto esta es un poder estatal en virtud del cual se administra justicia; lo anterior, sin soslayar su carácter de deber, puesto que la contrapartida del derecho sería la acción<sup>172</sup>. En este sentido, algunos autores de la ciencia jurídica procesal la han conceptualizado como una

158 SOLDANI y TANZINI (2016), p. 21.

159 En consideración del ejemplo del *Consolat de Mar*, fue clave su alianza con el rey y el *Consell de Cent* para la expansión de la Corona de Aragón en el medioevo europeo. SOLDANI y TANZINI (2016), p. 21.

160 SOLDANI y TANZINI (2016), p. 21.

161 MERRYMAN (1980), p. 69.

162 MERRYMAN (1980), p. 73.

163 ALDUNATE (2001), pp. 193-194.

164 MERRYMAN (1980), p. 73.

165 MERRYMAN (1980), pp. 73-76.

166 MERRYMAN (1980), pp. 73-76.

167 La legitimidad de un fallo reposaba en el hecho de que la jurisdicción era ejercida por el juez a nombre y como funcionario del monarca. ALDUNATE (2001), p. 194.

168 HUESBE (1995), p. 343.

169 HOBBS (1999), p. 27.

170 SABINE (1998), p. 362.

171 HUESBE (1995), p. 342.

172 COLOMBO (1968) y ORELLANA (2009), pp. 77-79.

función pública del Estado. En este sentido, el italiano Giuseppe CHIOVENDA (1872-1937) entiende a la jurisdicción también como una función del Estado, que permite decidir las controversias declarando cuál es el derecho aplicable, actividad del intelecto de conocimiento y juzgamiento, con la facultad de hacer cumplir lo juzgado, con auxilio de la fuerza pública si fuere necesario<sup>173</sup>. Si bien hay autores que acentúan una u otra característica de esta potestad, lo cierto es que todos concuerdan en su carácter de función pública. Esta función es privativa del Estado, quien delega el ejercicio de esta a sus órganos.

7. La doctrina nacional ha sido influenciada significativamente por las ideas desarrolladas al otro lado del charco. En este sentido, los autores han entendido también a la jurisdicción como una función estatal, pero también, como un poder-deber<sup>174</sup>. La jurisdicción no es solo una potestad o atribución, sino que implica a su vez un deber para el Estado con sus ciudadanos; lo anterior, en tanto si un sujeto recurre a un tribunal, este último no solo tiene el poder de decidir respecto del asunto jurídico controvertido, sino que este tiene a su vez el deber de hacerlo<sup>175</sup> (art. 76, i. II, CPR).

Junto a lo anteriormente señalado, es posible afirmar que la jurisdicción es expresión de la soberanía nacional<sup>176</sup>, puesto que la Constitución afirma que el ejercicio de la soberanía se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, así como también por las autoridades que esta establece (art. Quinto, i. I, CPR). En este sentido, en su capítulo VI, el texto constitucional establece como una de esas autoridades a los tribunales establecidos por la ley<sup>177</sup>. De esta forma, la teoría de la jurisdicción chilena se enmarca, a su vez, en esta visión acoplada a la soberanía estatal.

8. Ahora bien, junto a ser conceptualizada como una función pública, la jurisdicción en Chile se ha caracterizado por ser privativa de los tribunales establecidos por la ley, unitaria, condicional, territorial y producir cosa juzgada<sup>178</sup>.

a) A partir del texto constitucional, se establece que tribunal es todo órgano del Estado que ejerce la función jurisdiccional, en general, para resolver asuntos de relevancia jurídica, pudiendo o no ser parte del poder judicial.

b) La jurisdicción es unitaria en tanto no acepta clasificaciones ni divisiones, puesto que esto la confundiría con su límite, que es la competencia.

c) El ejercicio de la jurisdicción es eventual, puesto que depende de la transgresión al ordenamiento jurídico. Pues si la ley fuera cumplida por todos en todo momento, no sería necesaria la actividad jurisdiccional.

d) La potestad jurisdiccional del Estado se ejerce solo dentro del territorio del país. Con todo, es posible observar algunas excepciones en casos de extraterritorialidad de la jurisdicción, como es el caso de algunos preceptos penales.

e) Lo que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción es que los tribunales dicten una sentencia, resolviendo o no un asunto controvertido, la que una vez firme y ejecutoriada, produce cosa juzgada, es decir, una verdad inamovible e inmodificable<sup>179</sup>.

9. Si bien se dejó en claro que las nociones de jurisdicción y de soberanía no surgieron unidas, lo cierto es que hoy se entienden inseparables. Lo que se entendía por jurisdicción sufrió una transformación, de la mano del devenir histórico-político europeo, que lo acopló al poder soberano del rey y, posteriormente, del Estado. La jurisdicción se ha convertido en una función inherente a la soberanía, producto del esfuerzo racionalizador ilustrado, intentando superar su relación estricta con el monarca del antiguo régimen. Ahora bien, parece interesante cuestionarse este matrimonio por conveniencia: ¿Debe ser la jurisdicción un poder de carácter estatal? La historia indica que la respuesta no es afirmativa, que la unión entre ambas nociones vino dada por un proceso político, donde se entendió a la jurisdicción como un poder privativo de la soberanía. Por su parte, también es correcto afirmar que la actividad comercial siempre requirió de unas condiciones especiales para su desarrollo, el que vino dado con el surgimiento del derecho comercial en las principales urbes del Mediterráneo. En este sentido, los mercaderes y navegantes se agrupaban en gremios y, gracias a los privilegios regios, pudieron también contar con unos tribunales especiales para su actividad. Finalmente, resulta ineludible soslayar los parecidos entre esta figura medieval y el fortalecimiento del arbitraje como método de resolución de controversias en el comercio e inversión internacional.

## **b) Arbitraje internacional.**

173 CHIOVENDA (1922), p. 340.

174 ORELLANA (2009), pp. 77-79.

175 MARTÍNEZ (2012), pp. 124-129.

176 LARROUCAU (2020), pp. 28-29.

177 COLOMBO (1968), BORDALÍ (2015), p. 240 y ALDUNATE (2021), p. 565.

178 Siguiendo el esquema propuesto por COLOMBO (1968) y ORELLANA (2009), pp. 82-84.

179 ROMERO (2002), pp. 18-21 y 41-42.

1. Dentro del esquema de la jurisdicción y de los tribunales establecidos por la ley en Chile, es plausible hacer referencia al arbitraje. Los árbitros son uno de los tribunales que menciona la ley (arts. 5 y 222, COT), los que pueden resolver los conflictos civiles que se puedan promover entre las partes. En este mismo sentido, es posible conceptualizar al arbitraje como aquel mecanismo de resolución de controversias de relevancia jurídica, en que las partes concurren de común acuerdo, o por mandato del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones<sup>180</sup>.

Ahora bien, es posible afirmar que en el derecho chileno se pueden encontrar dos clases de arbitraje: (i) nacional, e (ii) internacional. Esta distinción tiene sentido en cuanto estos arbitrajes se encuentran regulados en distintos cuerpos normativos, así como pretenden regular distintos sujetos y actividades, además de que tienen una relación distinta con el ordenamiento jurídico nacional.

a) El arbitraje nacional, o doméstico, encuentra sustento legal en la propia legislación nacional. Así, el juicio arbitral se encuentra regulado como un juicio especial (arts. 628 a 644, CPC), igual que la figura de los jueces árbitros (arts. 222 a 243, COT). Esta clase de arbitraje dice relación con asuntos entre nacionales y que tienen lugar dentro del territorio estatal; aun, en el caso chileno, se dice que el juicio arbitral importa una jurisdicción extraordinaria de carácter público<sup>181</sup>.

b) Por otro lado, el arbitraje internacional dice relación más bien con una herramienta de solución de controversias, antes que con el ejercicio de una potestad jurisdiccional. El vínculo entre el arbitraje internacional y el ordenamiento jurídico se reduce a aspectos residuales; un árbitro, en esta materia, no administra justicia en nombre de ningún Estado, dado que su poder viene dado por el acuerdo entre las partes. El procedimiento arbitral internacional es sumamente respetuoso de la autonomía de las partes, dado que su reglamentación es escueta, y deja en manos de los árbitros y las partes la conducción del procedimiento<sup>182</sup>. Según algunos autores, es imprescindible reconocer el carácter *sui generis* del arbitraje internacional, con el propósito de evitar que se traspasen a él los conceptos y doctrinas desarrolladas en el ámbito del arbitraje doméstico<sup>183</sup>. Como se previno, la regulación no es tan detallada como en el caso del arbitraje nacional, pero como institución, el arbitraje comercial internacional, se encuentra reconocida en la ley 19.971, y en el caso del arbitraje de inversiones, en los distintos tratados de la materia suscritos y ratificados por el Estado.

2. Con el paso del tiempo, Chile gradualmente ha incorporado en su legislación interna el arbitraje internacional como método de resolución de controversias de una especial naturaleza: comercial<sup>184</sup> y de inversiones. En este sentido, es posible afirmar que esta institución opera en atención a los sujetos que intervienen en el asunto de relevancia jurídica (arbitraje comercial internacional), o dada la naturaleza del asunto mismo (arbitraje de inversiones). Lentamente, el arbitraje internacional se ha posicionado como una importante institución en el país, lo que ha quedado demostrado a partir de la aplicación del arbitraje institucional, como ocurre con la Cámara de Comercio Internacional y la Cámara de Comercio de Santiago<sup>185</sup>, así como la entrada en vigor de la ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, en el año 2004<sup>186</sup>.

3. En un sentido histórico, a partir de fines de la segunda mitad del siglo XX, Chile ha implementado una serie de reformas macroeconómicas<sup>187</sup>, las que han transformado profundamente sus políticas comerciales y de inversión<sup>188</sup>; ahora bien, estos cambios fueron también replicados en el ámbito jurídico<sup>189</sup>. Lo anterior, en el marco en que en Chile existía una legislación tradicional que no reconocía la sumisión a jurisdicciones o legislaciones extranjeras; asimismo, esta miraba con suspicacia las inversiones internacionales, dados los riesgos jurídicos y diplomáticos que podrían traer aparejadas (Doctrinas CALVO<sup>190</sup> y DRAGO<sup>191</sup>). Con el objeto de implementar dichas reformas económicas en el ordenamiento chileno, fue necesaria una paulatina apertura del Estado, y su sistema económico, en orden a convertirse en un polo de inversión en la región<sup>192</sup>. El impacto económico producido por la apertura del comercio y las inversiones, hicieron necesaria la adaptación del or-

180 AYLWIN (2014), pp. 11-14 y 155-163.

181 MEREMINSKAYA (2006), pp. 98-105.

182 MEREMINSKAYA (2006), pp. 105-106.

183 MEREMINSKAYA (2006), pp. 105-106.

184 Para la revisión de algunos aspectos generales del arbitraje comercial internacional en Chile considérese MEREMINSKAYA (2010a), pp. 261-275 y VÁSQUEZ (2015), pp. 524-546.

185 ROMERO (2021), pp. 15-17.

186 BIGGS (2007), p. 351.

187 HARVEY (2005), pp. 7-9.

188 HUNEEUS (2007), pp. 199-204 y 271-306.

189 BIGGS (2007), p. 351 y LINARELLI *et al.* (2018), p. 155.

190 TAMBURINI (2002), pp. 82-84 y MONTT (2009), pp. 38-45.

191 Formulada en 1902, por el ministro de relaciones exteriores argentino, Luis María DRAGO. Esta rechaza la figura de la protección diplomática y niega el cobro por la fuerza de las deudas contraídas por los Estados. TAMBURINI (2002), pp. 85-88.

192 La apertura del mercado y la promoción del comercio internacional por medio de la suscripción de instrumentos internacionales de cooperación han sido resaltadas como un antecedente para el éxito del modelo económico chileno. LEBDIQUI (2019), pp. 1629-1639, 1650 y 1654-1655.

denamamiento jurídico nacional a esta nueva realidad<sup>193</sup>.

La adaptación del derecho nacional a estas reformas económicas fue progresivo y gradual en el tiempo. Este proceso fue inaugurado con la promulgación del DL. 600 de 1974, también denominado ley sobre inversión extranjera. Como su nombre lo vaticina, este tenía por objeto incentivar la inversión de origen internacional en el país. Ahora bien, este decreto se desentendía de la política internacional chilena de aquel tiempo, teniendo otrora por corolario la firma del Acuerdo de Cartagena de 1969. Este instrumento jurídico internacional, también conocido como Pacto Andino, tiene por objeto mejorar la integración y la cooperación económica y social entre los países signatarios, todos latinoamericanos<sup>194</sup>. Para mantenerse firme con el nuevo vuelco de la política interna nacional, Chile se retiró de dicho Pacto en 1976<sup>195</sup>.

Este fue el comienzo de la consagración en Chile de un sistema económico neoliberal, que propende a la inversión privada, ora nacional, ora internacional; así como a la liberalización de la economía<sup>196</sup>. Esta política económica fue complementada con la adopción de importantes tratados internacionales en materia de arbitraje internacional. El primero de estos fue la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York (1958), que fue ratificada por Chile el 4 de septiembre de 1975, entrando en vigor el 3 de diciembre del mismo año. El segundo caso fue el de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (1975), suscrito también por Chile el 30 de enero de 1975, y entrando en vigor en el año 1976. Vale destacar que ambos tratados siguen encontrándose vigentes a la fecha.

4. Un hito que también merece ser destacado es la promulgación del DL. 2.349 de 1978, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público. Este precepto legal colaboró en facilitar el endeudamiento externo del país. La principal novedad vino dada por cuanto dichas disposiciones le son aplicables a los contratos celebrados por el Estado de Chile, sus órganos, instituciones y empresas<sup>197</sup>. Así, este precepto legal declaró como válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios económicos o financieros, celebrados entre empresas extranjeras y el Estado de Chile, o sus organismos (art. Primero, i. I., DL. 2.349). Asimismo, reconoció como válidas las estipulaciones según las cuales se someten las controversias derivadas de tales contratos, a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo aun a los tribunales arbitrales (art. Primero, i. II, DL. 2.349). En este sentido, se estableció también que, salvo estipulación expresa en contrario, cesaba la prerrogativa del Estado, y de sus organismos públicos, a recurrir a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales extranjeros (art. Primero, i. IV, DL. 2.349).

5. En adición a lo anterior, durante la década de 1990, Chile aprovechó los cambios en su política interna y la apertura de su sistema económico, los que le permitieron una mayor interrelación con el mundo. En este sentido, se inició un intenso proceso de negociación y suscripción de acuerdos bilaterales sobre inversión, iniciando una etapa importante en su política de inserción en el concierto económico internacional<sup>198</sup>. En el plano bilateral, Chile ha suscrito más de treinta Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, con países de los cinco continentes<sup>199</sup>. Estos APPI pueden conceptualizarse como tratados internacionales celebrados por dos o más Estados, en virtud de los cuales estos se obligan a asegurar a los inversionistas de la otra parte, y a sus inversionistas, un trato no discriminatorio por parte del ordenamiento jurídico del Estado receptor de dicha inversión; adicionalmente, dichos tratados contemplan un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y el Estado receptor, consistente en recurrir a arbitraje<sup>200</sup>.

6. La promulgación de la ley 20.780 no implicó solo una reforma tributaria, puesto que esta incluyó también la derogación del DL. 600, que regulaba el estatuto de la inversión extranjera en Chile; asimismo, dicha ley impidió que el Comité de Inversiones Extranjeras celebre nuevos contratos de inversión extranjera sujetos a dicho DL. (art. Noveno, ley 20.780). En este sentido, es menester destacar la promulgación de la ley 20.848, que estableció un nuevo marco para la inversión extranjera directa en Chile, así como creó una nueva institucionalidad al respecto: la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera. Dicho texto normativo entro en vigor el 1 de enero de 2016, supliendo la derogación del anterior decreto ley. Ahora bien, como indica la pro-

193 BIGGS (2007), p. 353.

194 BIGGS (2007), p. 356.

195 El Pacto Andino fue firmado el 26 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú (posteriormente se incorporó Venezuela), y tiene por propósito, a mediano y largo plazo, desarrollar una zona de cooperación económica, comercial y cultural entre los países de la región. Algunas de sus disposiciones colisionaban con el cambio en las relaciones internacionales que estaban tomando Chile, por lo que este optó por retirarse.

196 LARRAÍN y VERGARA (2001), pp. 69-108.

197 BIGGS (2007), p. 357.

198 LOPEANDÍA (2001), p. 17. En cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en 2022, Chile se ubicó como el tercer país con más ingresos de inversión extranjera directa en la región, siendo solo superado por la República Federativa de Brasil y los Estados Unidos Mexicanos. CEPAL (2023), p. 59.

199 Para una lista detallada de los APPI suscritos y ratificados por Chile, véase ANEXO I.

200 LOPEANDÍA (2001), pp. 17-18 y MUJICA y RIVERA (2018), pp. 9-10. El primer acuerdo de este tipo fue suscrito entre Pakistán y la República Federal de Alemania. En términos históricos, estos tratados internacionales encuentran su origen en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. A modo ilustrativo, en 1863 Chile suscribió uno de estos instrumentos con el Reino de Prusia, este último en nombre del *Zollverein* alemán. KREUTER-KIRCHOF (2024), pp. 741-742 y SORNARAJAH (2010), pp. 180-182.

la ley, los inversionistas que hayan suscrito contratos con el Estado de Chile con anterioridad a su promulgación, conservarán íntegramente los derechos<sup>201</sup> y obligaciones contempladas a la luz del DL. 600 de 1974 (art. Primero transitorio, ley 20.848). En este sentido, se recalca que la ley pretende modernizar y, de cierta forma, darle continuidad a las inversiones y a la promoción de estas en el país.

Una de las principales novedades de la ley 20.848, consiste en que proporciona algunas definiciones para la inversión extranjera. En este sentido, incorpora un concepto de inversión extranjera directa, y señala los elementos constitutivos de esta, a saber: (i) transferencia de la inversión; (ii) monto mínimo de la inversión (USD 5 millones); (iii) adquisición o participación en el patrimonio de una empresa, y (iv) modalidades de la inversión (art. Segundo, ley 20.848). Asimismo, la ley define a los inversionistas extranjeros, indicando como requisitos que: (i) sea una persona natural o jurídica constituida en el extranjero; (ii) no sea residente ni domiciliada en Chile, y (iii) que transfiera capitales a Chile en los términos indicados por la propia ley (art. Tercero, ley 20.848).

Junto a lo anterior, esta ley importa una nueva institucionalidad en materia de inversiones extranjeras en el país. Así, junto a indicar que el Presidente de la República debe establecer una estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera<sup>202</sup> (art. Décimo, ley 20.848), la ley crea un Comité de Ministros para el Fomento y la Promoción de la Inversión Extranjera, cuyo objeto es asesorar al Presidente en la materia<sup>203</sup> (art. 12, ley 20.848). Ahora bien, la principal innovación fue la creación de la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera, también conocida como InvestChile. Esta última se trata de un servicio público descentralizado, que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (art. 15, i. I, ley 20.848), y tiene por fin promover y atraer el ingreso de todo tipo de capitales e inversiones del exterior (art. 15, i. II, ley 20.848). Esta agencia pretende liderar una búsqueda activa de compañías extranjeras específicas para atraer al país, así como para apoyarlas en su proceso de prospección e instalación. Asimismo, otra de sus funciones es promover la reinversión de las empresas ya establecidas en el país, con el propósito de que desarrollen nuevos proyectos.

7. Dicho lo anterior, lo cierto es que el arbitraje internacional de inversiones ha sido incorporado al ordenamiento jurídico nacional, como método de resolución de asuntos de controversia jurídica, ora de origen comercial, ora de inversiones. El arbitraje internacional, como los tribunales mercantiles del Mediterráneo medieval, surgió para dar solución a unos problemas específicos, o más bien de unos sujetos específicos, en el tráfico jurídico. ¿Qué hizo esto posible? A partir de lo señalado, Chile desde fines de la segunda mitad del siglo XX comenzó una política de apertura de su Estado y, en específico, de su sistema económico, jugando, así, un rol preponderante la inversión extranjera. En este sentido, paulatinamente se fueron incorporando al ordenamiento distintos textos normativos que buscaron concretar dicha política, con el propósito de atraer inversionistas y posicionar a Chile como un polo de inversión en la región latinoamericana.

### **c) Incorporación del arbitraje de inversiones en Chile.**

1. El arbitraje internacional como método de agotamiento del componente jurídico de un conflicto ha cobrado relevancia en el panorama jurídico actual. Con todo, es posible delimitarlo a su vez en dos tipos: por un lado, el arbitraje comercial internacional y, por el otro, el arbitraje de inversiones. Ambos mecanismos se encuentran separados por importantes diferencias. En este sentido, el arbitraje comercial tiene un fundamento marcadamente consensual, dado el compromiso arbitral entre las partes que remite el asunto a un tribunal arbitral<sup>204</sup>. Asimismo, este tiene lugar en relaciones jurídicas de carácter mercantil, como lo es, por ejemplo, la compraventa internacional de mercaderías<sup>205</sup>.

Ahora bien, frente al arbitraje comercial, coexiste el arbitraje de inversiones, cuyo origen reposa en un instrumento internacional suscrito entre dos Estados: el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista. A su vez, el arbitraje de inversiones parece servir también como instrumento contralor del respeto de los Estados a la legalidad de las inversiones, toda vez que en caso de incumplir con las obligaciones contraídas puede surgir un litigio arbitral<sup>206</sup>. En atención a los conflictos que se pretende revisar, parece relevante el análisis del arbitraje de inversiones, en cuanto este implica nuevas nociones en

201 Por ejemplo, en virtud del DL. 600 de 1974, el inversionista extranjero tiene derecho a transferir al exterior sus capitales y utilidades líquidas, pero con la restricción temporal para los capitales de que solo pueden remesarse una vez transcurrido un año desde la fecha del respectivo ingreso de la inversión. BERMÚDEZ y GUERRERO (2016), pp. 223-225.

202 La Estrategia de Promoción y Fomento de la Inversión Extranjera, conforme al art. 11 de la ley 20.848, se estableció mediante el DS. 40 de 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que Aprueba modificaciones a Estrategias de Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera. Publicado en el Diario Oficial el viernes 23 de agosto de 2019.

203 En abril de 2016 se constituyó por primera vez este Comité de Ministros y en dicha instancia se aprobó la propuesta de Estrategia de Promoción y Fomento de la Inversión Extranjera.

204 PICAND (2005), p. 46.

205 PICAND (2005), p. 46.

206 FERNÁNDEZ (2009), p. 20.

la clásica visión de la jurisdicción en la ciencia jurídica nacional. En este caso, este arbitraje surge del propio ordenamiento jurídico, de los tratados internacionales suscritos por el Estado, y no de manera exclusiva por los compromisos arbitrales, ni las cláusulas convenidas entre las partes, como se entendía tradicionalmente.

2. Así y todo, cabe preguntarse qué hizo posible que el arbitraje se instalara como el método idóneo para la resolución de controversias en materia de inversiones internacionales<sup>207</sup>. ¿Qué elementos permitieron a países, como Chile, el paso de una visión escéptica y negativa del arbitraje internacional (No de Tokio), a abrazarlo e incorporarlo en su legislación? El Banco Mundial ya vaticinaba algunas de las ventajas que importaría la creación de un organismo internacional público que tuviera por fin la resolución de controversias jurídicas entre inversores y los Estados donde se desarrollaban sus inversiones<sup>208</sup>. El miedo y la desconfianza eran recíprocas entre los involucrados; la parte inversora temía de la imparcialidad e independencia de los tribunales estatales para conocer de sus pretensiones, así como la nube negra de la protección diplomática provocaba desconfianza por parte del Estado receptor de la inversión<sup>209</sup>. Si bien América Latina se mantuvo en un principio estoica en su negativa a la creación de un organismo de esta naturaleza<sup>210</sup>, con el paso de las décadas, la situación se revirtió.

¿Qué beneficios, así como desafíos, implica la consagración de un sistema internacional de resolución de asuntos de controversia jurídica en materia de inversiones? ¿Es posible afirmar que la existencia de estos tribunales arbitrales amenaza la jurisdicción interna de los Estados firmantes de los APPI? ¿Es correcto aseverar que ceder jurisdicción implica debilitar la soberanía estatal? Estas son algunas de las cuestiones que parece necesario revisar, en atención al actual devenir nacional e internacional en donde existe un constante incremento de las relaciones comerciales transnacionales, así como un flujo de capitales e inversiones en distintos sentidos, que no conoce de fronteras espaciales ni jurídicas.

3. Se ha dicho que la incorporación del arbitraje para la resolución de controversias que surjan entre el inversor y el Estado ha sido, en definitiva, uno de los últimos los pasos para consagrar las reformas económicas inauguradas a fines del siglo pasado<sup>211</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de que el éxito de las inversiones se suele asociar a la suscripción y ratificación de tratados en materia de inversiones, algunos autores sostienen a partir de estudios empíricos que lo que incentiva el desarrollo de proyectos de inversión son las características del derecho doméstico del Estado que recibe la inversión<sup>212</sup>. En cualquier caso, la incorporación del arbitraje de inversiones al ordenamiento jurídico ha dado lugar a un fecundo debate entre quienes apoyan y quienes critican este mecanismo de resolución de controversias. En este sentido, mientras algunos sostienen que esta figura ha traído una serie de beneficios para los países en desarrollo<sup>213</sup>, otros cuestionan dichas ventajas y critican que el sistema perpetúa cierto legado económico colonialista<sup>214</sup>.

4. Así las cosas, parece preciso revisar cuáles son los argumentos en dicha discusión, en cuanto a dilucidar la conveniencia de la implementación del arbitraje internacional. Un primer argumento a favor de este sistema viene dado por la certeza y seguridad que entrega a los inversionistas, toda vez que la suscripción de un TBI da cuenta de la apertura económica y política de un Estado<sup>215</sup>. En cualquier caso, esta seguridad se manifiesta, por ejemplo, en el compromiso del Estado a respetar y aplicar su derecho doméstico a los inversores, con el objeto de que cuenten con un marco regulatorio determinado para el desarrollo de su proyecto<sup>216</sup>. En caso de quebrantar dicha obligación, el Estado será responsable de incumplir el acuerdo internacional y pagar una cuantiosa suma al inversor afectado<sup>217</sup>. Ahora bien, si bien el Estado se obliga a cumplir dicho marco regulatorio, algunos autores critican este entendimiento amplio y arguyen que el inversionista en cuestión debe implementar un análisis de debida diligencia en el ordenamiento jurídico del Estado receptor antes de invertir<sup>218</sup>.

En segundo lugar, una de las ventajas que han destacado quienes apoyan el arbitraje de inversiones

207 En este sentido, cabe remarcar la diferencia de que este es solo aplicable a los inversionistas extranjeros, puesto que los nacionales quedan excluidos de este estatus especial de protección de su capital invertido. MONTT (2005), pp. 68-76.

208 BIGGS (2004), p. 68 y LOWENFELD (2009), pp. 49-53.

209 ECHAIDE (2017), p. 373.

210 LOWENFELD (2009), p. 54.

211 BIGGS (2003), p. 102.

212 BONNITCHA y WILLIAMS (2024), pp. 160-161 y CONTRERAS (2015), pp. 50-52.

213 CONTRERAS (2015), pp. 52-55.

214 HANKINGS-EVANS (2024), pp. 655-657. En cualquier caso, algunos autores consideran simplista indicar que solo se han favorecido economías desarrolladas, toda vez que inversionistas provenientes de países en vías de desarrollo igualmente han utilizado el sistema para demandar a Estados con economías industrializadas. ORREGO (2004), pp. 66-67.

215 CONTRERAS (2015), p. 51.

216 SCHREUER (2023), pp. 721-724 y ŽIVKOVIĆ (2023), p. 204.

217 Por ejemplo, en el caso Clayton y Bilcon v. Canadá, un grupo de inversores estadounidenses demandó a Canadá por haberse rechazado la evaluación de impacto ambiental de un proyecto minero debido a un parámetro que no había sido considerado previamente. El tribunal arbitral acogió la demanda y Canadá fue condenada al pago de USD 7 millones por concepto de indemnización. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon Of Delaware, Inc. v. Gobierno de Canadá. Arbitraje según las reglas de la CNUDMI. Corte Permanente de Arbitraje Caso N°2009-04. 17 de marzo de 2015, par. 451.

218 STURMA (2023), pp. 763-765 y RAJPUT (2021), pp. 279-282.

ha sido la imparcialidad e independencia de los tribunales arbitrales<sup>219</sup>. Un temor clásico de los inversionistas extranjeros era someter las disputas a los tribunales internos del Estado receptor, puesto que los primeros solían alegar una posible falta de neutralidad de los sentenciadores. Así, según algunos, la seguridad que entregan estos tribunales ha beneficiado a los Estados, toda vez que la inversión extranjera trae aparejada una contribución al desarrollo económico del país receptor<sup>220</sup>. Con todo, se han formulado serias críticas a la supuesta neutralidad de los tribunales a partir del análisis de la integración de estos paneles, puesto que se ha cuestionado la falta de diversidad en el nombramiento de los árbitros<sup>221</sup> y controvertido la efectiva imparcialidad de estos<sup>222</sup>.

Un tercer debate viene dado por la despolitización de las controversias entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor<sup>223</sup>. Lo anterior, puesto que el arbitraje ha permitido equilibrar las relaciones interestatales, muchas veces desiguales, en el plano económico y político y que antes solían manifestarse en presiones diplomáticas. De esta forma, la adopción del arbitraje ha conseguido el propósito de encontrar soluciones pacíficas para estos problemas específicos del tráfico jurídico en las inversiones<sup>224</sup>. Así y todo, este propósito, y supuesto beneficio, ha sido también objeto de escrutinio. En este sentido, los detractores plantean la siguiente interrogante: ¿a quiénes le conviene y le es favorable esta despolitización de las controversias de inversiones entre el Estado y los inversionistas extranjeros?<sup>225</sup> Si bien es difícil cuestionar la neutralidad como un valor a la hora de dirimir controversias, pareciera ser que el actual sistema se ha mostrado más ventajoso para inversionistas que para los Estados<sup>226</sup>. Frente a esta pregunta, no cabe sino recordar los problemas de legitimidad que hoy enfrenta el sistema<sup>227</sup>.

Junto con lo anterior, se ha criticado el abuso de la personalidad jurídica por parte de empresas multinacionales para la interposición de demandas en materia de inversiones, cuestión que surge porque los instrumentos internacionales no son uniformes en definir al inversor<sup>228</sup>. Por su parte, los inversionistas se constituyen como compañías con una red de personas jurídicas registradas en distintos países, con una gerencia común y un mismo fin, donde las decisiones y procesos productivos se realizan en distintos Estados, de acuerdo con las conveniencias económicas y regulatorias que cada uno pueda ofrecer<sup>229</sup>. En estos casos, catalogar a una empresa de una u otra nacionalidad puede operar como un mero formalismo; lo anterior cobra relevancia, en la medida en que el arbitraje de inversiones opera solo cuando el inversionista no es nacional del Estado receptor<sup>230</sup>.

Una última crítica en materia de arbitraje de inversiones viene dada por cuanto se ha dicho que esta ha limitado la soberanía de los Estados y ha constreñido el ejercicio del poder público<sup>231</sup>. Así, si bien son los propios Estados quienes limitan el ejercicio de su poder por medio de la ratificación de tratados internacionales en materia de inversión, estas limitaciones se manifiestan de distintas formas. En este sentido, dichas restricciones no se ciñen a su jurisdicción, en cuanto las desavenencias en materia de inversiones internacionales se abstraen de la justicia ordinaria para ser conocidos por tribunales arbitrales internacionales<sup>232</sup>, sino que también abarca otros aspectos de las funciones del Estado, como la facultad de legislar<sup>233</sup> o la actividad de policía. Un ejemplo de esta situación viene dado por algunas demandas presentadas por inversionistas durante la pandemia de COVID-19, donde estos alegaron que las medidas impuestas por los Estados, como la prohibición de rutas de vuelo y el robustecimiento de requisitos sanitarios para el ingreso de personas, importaban un incumplimiento a las obligaciones pactadas en los APPI<sup>234</sup>. En este sentido, el cuestionamiento en

219 REY (2007), pp. 4-7 y CONTRERAS (2015), pp. 53-54.

220 BIGGS (2003), p. 102.

221 BJORKLUND *et al.* (2020), pp. 414-418.

222 GIORGETTI (2013), pp. 436-437, 442-449, 453-455 y 459-460 y BJORKLUND (2009), pp. 1297-1300.

223 CONTRERAS (2015), pp. 53-54 y KAUFMANN-KOHLER y POTESTÀ (2020), pp. 17-20.

224 FERNÁNDEZ (2009), p. 23.

225 CAMPUSANO y BOLADO (2015), p. 256.

226 GARCÍA-BOLIVAR (2015), pp. 146-149.

227 HANKINGS-EVANS (2024), pp. 657 y 661.

228 LIM *et al.* (2018), pp. 232-234 y PASCUAL-VIVES (2009), p. 48.

229 CAPELLA (2008), pp. 283-288 y SORNARAJAH (2010), pp. 61-63.

230 GARCÍA-BOLIVAR (2015), pp. 149-150.

231 Algunos autores indican que los conflictos domésticos con el derecho internacional suelen surgir con mayor frecuencia entre las autoridades que forman parte de la organización descentralizada del Estado o Federación, según sea el caso. ORREGO (2003), p. 191. Por ejemplo, en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, un grupo de inversionista malayos demandó al Estado de Chile por no conceder los permisos necesarios para la construcción de un proyecto inmobiliario en la comuna de Pirque. En particular, los inversionistas contaban con la aprobación del Comité de Inversiones Extranjeras pero necesitaban que se declare el cambio de uso de suelo de Pirque, que estaba sujeto al Plan Regulador Metropolitano de Santiago. En este sentido, los inversores argumentaron que el Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo se mostraba reticente a cambiar dicho Plan. El tribunal arbitral acogió la demanda y Chile fue condenado al pago de USD 5 millones por concepto de indemnización. *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*. Caso CIADI N°ARB/01/5, Laudo final, 25 de mayo de 2001, par. 217 y 253. MAHU y ROJAS (2016), pp. 26-28.

232 MONTT (2009), pp. 125-126.

233 PETERSON (2009), pp. 15-20.

234 Por ejemplo, considérese la demanda interpuesta por inversionistas franceses en contra del Estado de Chile, en relación con el contrato de concesión asociado al Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez. *ADP International S.A. and Vinci Airports S.A.S. v.*



sede arbitral de las políticas públicas adoptadas por un Estado en el contexto de una crisis sanitaria da cuenta que la despolitización de estas controversias arriesga la deslegitimación del sistema<sup>235</sup>. Ahora bien, conflictos de este tipo suelen ser también comunes en materia ambiental, donde el Estado receptor debe cumplir con los derechos que es titular el inversor, pero también debe implementar las obligaciones ambientales a las que se ha comprometido, por ejemplo, por medio del Acuerdo de París<sup>236</sup>. Así, mientras el Estado debe encontrar la forma de cumplir complementariamente sus obligaciones, los inversionistas no se encuentran obligados a considerar impactos ambientales en sus proyectos, sin perjuicio de los esfuerzos de regular esta situación vía *soft law* y el deber general de los inversores de cumplir con el ordenamiento doméstico del país donde se emplazan<sup>237</sup>.

5. Así las cosas, se ha dicho que el arbitraje internacional, en especial en materia de inversiones, puede ser el medio idóneo para la solución de controversias de relevancia jurídica. Lo anterior, mientras este no sirva para reclamaciones abusivas de los inversionistas, que puedan traducirse en una merma en los Estados para hacer uso de sus facultades legítimas. En orden a confirmar el sistema de tribunales de inversiones como un foro neutral para la solución de disputas, parece necesario revisar algunas de las críticas que se han intentado esbozar anteriormente<sup>238</sup>. Por su parte, la discusión de políticas públicas en sede internacional puede poner en jaque la legitimidad de estos mecanismos de solución de controversias, lo que exige el robustecimiento de mecanismos democráticos para controlar la creación, interpretación e implementación del derecho internacional<sup>239</sup>. Por último, la inclusión del arbitraje internacional en el ordenamiento jurídico nacional ha importado más de un desafío. En este sentido, parece prudente revisar cómo se organiza el ejercicio de la jurisdicción y, en general, la resolución de controversias de relevancia jurídica en el derecho chileno.

## 2. LA JURISDICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

El objeto de esta sección es examinar el esquema de la jurisdicción que establece la Constitución de la Política de la República y cómo se configura el arbitraje de inversiones en este sentido. En primer lugar, se revisa el mandato constitucional que establece que la función jurisdiccional recae en los tribunales establecidos por la ley. Enseguida, se analiza la situación del arbitraje doméstico y por qué esta es distinta del arbitraje internacional. Por último, se identifica que para responder la cuestión de la configuración normativa del arbitraje de inversiones es necesario analizar su fuente: los tratados internacionales.

### a) La función jurisdiccional recae en los tribunales establecidos por la ley.

1. Doctrinalmente, es posible definir la función jurisdiccional como aquella función estatal que tiene por fin el agotamiento del componente jurídico de un conflicto; este agotamiento, tanto desde la perspectiva de la cosa juzgada, como desde la posibilidad de la aplicación de coacción, con el propósito de concretar dicha decisión<sup>240</sup>. Ahora bien, a partir del texto constitucional, es posible también conceptualizar la jurisdicción como aquella función de conocer de las causas civiles y criminales, además de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado<sup>241</sup> (art. 76, i. I, CPR). Así, la Constitución proporciona los elementos para construir la definición en vista de los momentos que importa la actividad jurisdiccional (conocer, resolver y ejecutar)<sup>242</sup>. Asimismo, a partir del tenor literal de la Constitución, se entiende que el ejercicio de la jurisdicción se encuentra reservado de manera exclusiva a los tribunales establecidos por la ley (art. 76, i. I, CPR). En este sentido, es posible preguntarse cuál es el alcance de dicho mandato constitucional, en atención a dilucidar cuáles son aquellos órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional. La doctrina ha señalado que esta actividad no se encuentra vinculada a un órgano estatal determinado, sino que basta con que dicha función sea consagrada a través de la ley<sup>243</sup>.

2. Amén de lo anterior, se ha dicho que en Chile no existe un poder judicial<sup>244</sup>. La anterior afirmación cobra sentido, en la medida en la que se entiende que en el ordenamiento jurídico nacional no es posible

República de Chile. Caso CIADI N°ARB/21/40. HELLBECK (2024), pp. 103-104 y 106.

235 HANKINGS-EVANS (2024), p. 661 y KULICK (2015), p. 443.

236 VAN AAKEN (2023), pp. 782-787 y 788.

237 PEREIRA DE ANDRADE y MONEBHURRUN (2021), pp. 228-290.

238 FERNÁNDEZ (2009), p. 23.

239 ORREGO (2004), pp. 8-9.

240 ALDUNATE (1995), p. 16.

241 LARROUCAU (2020), pp. 29-31.

242 NAVARRO (1991-1992), pp. 214-215.

243 ALDUNATE (1995), p. 16-17.

244 LARROUCAU (2020), pp. 25-27.

hablar del poder judicial como un poder estatal. Lo anterior, toda vez que cuando se hace referencia al poder judicial en Chile, este funciona como una abreviatura para hablar de los jueces y tribunales existentes<sup>245</sup>. No es el poder judicial el encargado de cumplir con la función jurisdiccional, sino cada tribunal por separado<sup>246</sup>. Ahora bien, ¿forman parte del poder judicial todos los tribunales establecidos por la ley? No necesariamente, puesto que son parte de este grupo solo los tribunales ordinarios, es decir, aquellos que se encuentran regulados por un mismo estatuto orgánico: el capítulo VI de la Constitución Política de la República y el Código Orgánico de Tribunales<sup>247</sup>. De esta forma, es posible encontrar en Chile también otros tribunales, que no solo se encuentran fuera del poder judicial, sino que pertenecen a los poderes ejecutivo o legislativo<sup>248</sup>.

3. Para el ejercicio de la función jurisdiccional no es requisito ser parte del poder judicial. Esta función se le atribuye a todo órgano creado por la ley y que sea denominado por esta como tribunal. Si bien la fórmula parece clara, al poco andar es posible advertir algunas cuestiones en este sentido. Así, parece ser que el constituyente no toma partido por qué tipo de órganos son los encargados de cumplir con la función jurisdiccional. Lo anterior, puesto que no solo es posible encontrar tribunales fuera del poder judicial, como es el caso de los Tribunales Ambientales o los Juzgados de Policía Local, sino también existen tribunales que, en cuanto a su orgánica, se asocian a otros poderes del Estado<sup>249</sup>. En este sentido, es posible identificar, por ejemplo, el caso del Subcontralor General como Juez de Cuentas (art. 107, ley 10.336)<sup>250</sup> y el Senado en los que casos en que conoce de las acusaciones políticas (art. 53, numeral primero, CPR)<sup>251</sup>.

4. Así las cosas, parece correcto afirmar que, si bien la potestad jurisdiccional se encuentra consagrada en la Carta Fundamental, la institucionalidad de esta viene dada por la ley, que es la encargada de crear y establecer a los tribunales, así como de atribuirles la función jurisdiccional<sup>252</sup>. A partir de esta visión, es posible aseverar que cualquier órgano autorizado por la ley para resolver asuntos de relevancia jurídica es un tribunal de justicia. En atención a lo anterior, pueden ejercer jurisdicción los tribunales de justicia, los órganos legislativos o aquellos que formen parte de la administración del Estado, en la medida en que estos se encuentren habilitados por la ley<sup>253</sup>. Ahora bien, en este sentido, se ha dicho que la indiferencia del constituyente es tal, que en algunos casos el Estado permite a los propios particulares el cumplimiento material de esta función pública, otorgándole, a su vez, el mismo valor final<sup>254</sup>. El anterior es el caso de la justicia arbitral en el derecho chileno. De esta forma, parece necesario revisar la posición que ocupa en el entramado constitucional y legal.

## **b) Los árbitros son tribunales establecidos por la ley.**

1. La ley entrega una definición de lo que se entiende por árbitros, indicando que estos son jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, con el objeto de que resuelvan un asunto litigioso (art. 222, COT). En este mismo sentido, la propia ley indica que los jueces árbitros se regirán por el Título IX del COT (art. Quinto, i. V, COT).

2. Pese a la elocuencia de la ley, la doctrina nacional se ha abocado en más de una ocasión a la discusión de dilucidar si los árbitros son, o no, tribunales establecidos por la ley. Algunos rechazan tajantemente esta idea, argumentando que el laudo arbitral no es una sentencia definitiva, sino que se trata de un equivalente jurisdiccional<sup>255</sup>. Con todo, gran parte de los autores reconoce a los árbitros como una categoría de tribunal diversa de los jueces ordinarios estatales, pero que de igual forma ejerce la función jurisdiccional<sup>256</sup>. Lo anterior, en armonía con el mandato constitucional, puesto que la justicia arbitral que se encuentra establecida y regulada por la propia ley; aun, si bien la sentencia del juez arbitral no emana de la actividad estatal, la ley le reconoce el carácter de producto de la función jurisdiccional y le otorga los mismos efectos (cosa juzgada y ejecutoriedad del laudo)<sup>257</sup>.

Con todo, la anterior discusión y solución se enmarca en una de las clases de arbitraje que existe en Chile: el arbitraje doméstico. Como se previno anteriormente, este tiene lugar en suelo nacional, y dice relación con asuntos de relevancia jurídica entre ciudadanos del país. Asimismo, se recuerda la concepción de

245 BORDALÍ (2013), pp. 611-612.

246 ATRIA (2004), pp. 134-135 y ATRIA (2007), pp. 39-44.

247 BORDALÍ (2009), p. 226.

248 BORDALÍ (2009), pp. 215-216.

249 Incluso es posible que la ley le entregue la solución de un conflicto a un órgano interesado en el mismo. LARROUCAU (2020), pp. 26-27.

250 BORDALÍ (2009), p. 225.

251 BORDALÍ (2009), p. 226.

252 BORDALÍ (2009), pp. 216-217.

253 BORDALÍ (2008), pp. 209-210 y BORDALÍ (2016), pp. 63-94.

254 ALDUNATE (1995), p. 16.

255 BORDALÍ (2016), pp. 282-288.

256 ALARCÓN (2019), p. 498.

257 ALDUNATE (1995), p. 16.

este arbitraje como una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios<sup>258</sup>. Si bien los árbitros pueden ser escogidos por las partes, es decir, por particulares, el poder que tienen los jueces árbitros para juzgar un determinado asunto no proviene de estas, sino que emana de la ley; el juicio arbitral importa, en este sentido, una jurisdicción extraordinaria de carácter público<sup>259</sup>.

3. Pese a la elegante respuesta del arbitraje doméstico al esquema y a la teoría de la jurisdicción nacional, no parece correcto extender tal concepción del arbitraje a su faz internacional, ora de inversiones, ora comercial. Lo anterior, dado que el arbitraje internacional se concibe más bien como una herramienta de solución de controversias, antes que como un método para lograr el cumplimiento y satisfacción de derechos subjetivos<sup>260</sup>. En este sentido, se dice que el vínculo entre el arbitraje internacional y un sistema jurídico en específico se reduce a aspectos residuales, tales como la asistencia judicial, la supervisión restringida y la ejecutoriedad del laudo arbitral. Los tribunales arbitrales internacionales no ejercen jurisdicción en nombre de ningún Estado, puesto que estos reciben su poder de los compromisos entre las partes y de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado los Estados. De esta forma, es menester tener en consideración el carácter *sui generis* del arbitraje internacional, con el propósito de mantener alejados de él los conceptos y doctrinas desarrolladas en el espacio del arbitraje nacional<sup>261</sup>.

### c) El caso del arbitraje de inversiones.

1. La Constitución Política de la República no indica la naturaleza o calidad del ente llamado a resolver un asunto de naturaleza jurídica. De acuerdo con la fórmula que ocupa el artículo 76, la jurisdicción recae en todo tribunal de justicia establecido por la ley. Lo anterior, salvo casos en que la propia Constitución reserva una materia a un tribunal especial, como es el caso del Tribunal Constitucional (capítulo VIII, CPR)<sup>262</sup>. Asimismo, ya se recordó que en el ordenamiento jurídico nacional existen órganos que se asocian a otros poderes del Estado que detentan la potestad jurisdiccional y son tribunales establecidos por la ley en los términos que la Constitución indica (art. 76, i. I, CPR). En este mismo sentido, se estableció que el arbitraje doméstico se encuentra regulado por la legislación nacional; de esta forma, este no presenta mayores problemas para ser considerado como tribunal, en el marco constitucional, para el ejercicio de la jurisdicción.

Por otro lado, el arbitraje internacional, en especial de inversiones<sup>263</sup>, no se encuentra regulado en la legislación nacional. Todo lo contrario, puesto que el arbitraje de inversiones, entendido como el método de resolución de controversias jurídicas entre inversionistas extranjeros y el Estado, surge de los distintos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. Como se explicó anteriormente, el Estado paulatinamente incluyó este sistema de tribunales de inversiones en su ordenamiento jurídico, como parte de la política internacional asumida por el país, en orden a posicionarse como un polo atractivo de inversión extranjera en la región latinoamericana.

2. Ahora bien, a diferencia del arbitraje tradicionalmente entendido, el de inversiones no siempre surge de un contrato o convención entre las partes. Este mecanismo de resolución de controversias se encuentra regulado en las convenciones internacionales, tanto multilaterales, como bilaterales, suscritas y ratificadas por los Estados; con todo, es posible que existan casos en que el inversor foráneo y el Estado receptor hayan firmado un contrato que incluya una cláusula arbitral. En este sentido, parece necesario revisar los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en materia de arbitraje internacional de inversiones.

En el plano multilateral, Chile suscribió y ratificó en 1991 el Convenio CIADI<sup>264</sup>, entrando en vigor el año siguiente. Este convenio crea el CIADI, el que pertenece al Banco Mundial, tiene sede en Washington D.C., y tiene por objeto la promoción de la inversión extranjera, así como despolitizar las controversias jurídicas entre los países y las compañías foráneas (art. Primero, Convenio CIADI). El CIADI no es un tribunal arbitral en las controversias que se someten a su jurisdicción<sup>265</sup>; toda vez que su única labor consiste en administrar los procedimientos<sup>266</sup>. Para esto, junto con estar dotado de una organización que sirve para su gestión, cuenta con una comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que finalmente integrarán los tribunales

258 AYLWIN (2014), pp. 155-157.

259 MEREMINSKAYA (2006), pp. 105-106.

260 MEREMINSKAYA (2006), p. 105.

261 MEREMINSKAYA (2006), pp. 105-106.

262 BORDALÍ (2009), p. 217.

263 Si bien el arbitraje comercial internacional se encuentra en una situación similar, es posible encontrar leyes que lo regulen, como la ley 19.971 de 2004. VÁSQUEZ (2005), pp. 534-540 y VÁSQUEZ (2011), pp. 351-366.

264 También conocido como Convenio de Washington.

265 La jurisdicción del Centro se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado y el nacional de otro Estado Contratante, y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro (art. 25, Convenio CIADI).

266 La clave para entender el entramado del arbitraje de inversiones viene dado por la creación del CIADI y la suma de tratados en materia de inversiones que han suscrito y ratificado los Estados. KAUFMANN-KOHLER y POTESTÀ (2020), pp. 11-13.

arbitrales del Centro (art. Tercero, Convenio CIADI).

3. Así las cosas, la verdadera sumisión de las controversias de relevancia jurídica entre el Estado y los inversores extranjeros no viene dada por el Convenio de Washington; lo anterior, puesto que el arbitraje internacional como solución a dichas controversias encuentra su origen en los acuerdos de inversiones suscritos y ratificados por Chile: los APPI y los Acuerdos de Libre Comercio que incluyen capítulos de inversión. En materia de tratados bilaterales, Chile ha implementado una política internacional activa, celebrando un significativo número de acuerdos con otros países, convirtiéndose en uno de los Estados latinoamericanos con mayor cantidad de APPI celebrados<sup>267</sup>.

Estos instrumentos internacionales establecen al arbitraje internacional como el método de solución de controversias de relevancia jurídica que pudieran suscitarse entre el Estado y los inversionistas foráneos<sup>268</sup>. A modo ilustrativo, el acuerdo suscrito entre Chile y España sigue esta lógica: toda controversia relativa a las inversiones, entre uno de los Estados contratantes y los inversionistas del otro Estado, deberá ser sometida a la jurisdicción nacional o al arbitraje internacional, a elección del inversionista<sup>269</sup>. En caso de que este último se decante por el arbitraje, nuevamente podrá elegir entre someterse al CIADI o a un tribunal arbitral *ad hoc*, de acuerdo con las reglas de la CNUDMI (art. Décimo, APPI Chile-España). La misma fórmula sigue el acuerdo de inversiones celebrado con Italia (art. Noveno, APPI Chile-Italia). El APPI suscrito con Francia también incorpora esta cláusula, pero con la precisión de que el único tribunal arbitral admisible es el establecido por el Convenio de Washington (art. Octavo, APPI Chile-Francia).

4. En el sistema de tribunales de inversiones vale destacar la facilidad para el reconocimiento y ejecución del laudo que resulte del juicio arbitral<sup>270</sup>. Por ejemplo, un laudo dictado de acuerdo con las reglas del CIADI, que condene a un Estado o a uno de sus organismos, es fácilmente ejecutable por parte de los tribunales del Estado contratante condenado (arts. 53 y 54, Convenio CIADI)<sup>271</sup>.

5. Frente a este panorama, cabe cuestionarse si el sistema de tribunales de inversiones son tribunales establecidos por la ley, en los términos que la Constitución Política de la República indica. Ya se dijo que esta no toma partido por la naturaleza del ente que resuelva un asunto de relevancia jurídica, ni de la orgánica, ni de su conformación, puesto que en el mandato constitucional solo ordena que esta sea establecida por la ley. Así, surge la pregunta de si la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales se enmarca en el esquema constitucional y legal de la jurisdicción nacional. Pese a que la doctrina nacional se ha enfrascado en cierta discusión en orden a dilucidar la naturaleza de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, lo cierto es que en cuanto a la vigencia y trato de estos, no existe una equiparación a la ley<sup>272</sup>. En este mismo sentido, tampoco es correcto afirmar que existe una asimilación entre los tratados internacionales y la ley, en cuanto a la posición que ocupan los primeros en el sistema de fuentes del derecho, o con relación a su fuerza, o vigor en el ordenamiento jurídico chileno<sup>273</sup>.

Ahora bien, más allá de la discusión relativa a si los tratados internacionales pueden ser entendidos como ley en Chile, la pregunta debe estar orientada en el sentido de la aplicación de los primeros, toda vez que a partir de los acuerdos internacionales de inversiones surge la figura del arbitraje internacional. En este sentido, es posible indicar que la respuesta a esta interrogante viene dada por la aplicación de los instrumentos internacionales en el derecho nacional, puesto que a partir de esta surge el sistema de tribunales de inversiones para conocer de las controversias de relevancia jurídica que se suscitan entre las empresas foráneas y el Estado chileno. En este orden de ideas, parece correcto afirmar que la solución viene dada por el conflicto entre los rangos normativos en el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior, puesto que su respuesta permitirá identificar la aplicación de los tratados internacionales en Chile y dilucidar si es que a partir de estos pueden existir tribunales establecidos por la ley, de conformidad con el mandato constitucional.

### 3. COMENTARIOS FINALES.

A partir del análisis histórico, si bien se dijo que en la antigüedad las nociones de jurisdicción y soberanía no surgieron unidas, lo cierto es que hoy se entienden inseparables. La jurisdicción es definida como la función estatal que tiene por objeto agotar el componente jurídico en una controversia; una función pública, que emana de la soberanía y que yace en los tribunales establecidos por la ley.

267 CAMPUSANO y BOLADO (2015), p. 272-273.

268 LOPEANDÍA (2001), pp. 17-18. Ahora bien, es importante considerar que estos tratados internacionales incorporan dos mecanismos de resolución de controversias. Por un lado, un primer mecanismo dice relación con las controversias que se susciten entre los Estados firmantes del instrumento en particular. Por el otro, el segundo mecanismo consiste en el arbitraje que busca resolver los conflictos entre inversionista extranjero y el Estado receptor, siendo uno de los aspectos más característicos de este tipo de tratado internacional. RADOVIĆ (2021), pp. 48-49 y CONTRERAS (2015), p. 46.

269 Este tipo de cláusulas es también conocida como *fork in the road*. LIM *et al.* (2018), pp. 101-102.

270 LIM *et al.* (2018), pp. 448-449.

271 FERNÁNDEZ (2009), p. 22.

272 ALDUNATE (2010), pp. 195-197 y CORDERO (2009), pp. 20, 25, 39-40, 42 y 46.

273 ALDUNATE (2010), pp. 195-196.

Con todo, la historia del derecho indica que en el pasado existieron sujetos, quienes realizaban ciertas actividades, eran regidos por un derecho especial, diseñado por y para ellos, y que contaban con una institucionalidad propia, en orden a dirimir sus controversias. Estos asuntos eran resueltos por tribunales especiales no estatales, como es el caso del *Consolat de Mar* en el medioevo catalán. ¿Debe la jurisdicción ser siempre un poder ejercido por los órganos estatales? La historia señala que no necesariamente, puesto que en el pasado han existido tribunales especiales, creados para resolver unas especiales controversias, entre unos sujetos determinados y en un momento dado. Estas instituciones medievales recuerdan a una figura que ha cobrado relevancia en el último tiempo, que no es otra sino el arbitraje internacional. En el caso de inversiones importa una fisonomía propia, la que justifica su regulación especial. Este mecanismo de solución de controversias ha sido la respuesta institucional a unos especiales conflictos que se suceden actualmente en el concierto internacional, en atención a la globalización y al aumento de los vínculos comerciales y económicos internacionales entre los distintos Estados y sus ciudadanos.

La Constitución regula la institucionalidad jurisdiccional, estableciendo que los llamados a cumplir con esta función son los tribunales establecidos por la ley. Ahora bien, ¿cuál es la situación del arbitraje internacional de inversiones? Este no se encuentra regulado por ley, sino por los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, ora multilaterales, ora bilaterales, como se indicó con anterioridad. Así las cosas, la pregunta debe estar orientada a identificar si es que el sistema de tribunales de inversión es un tribunal arbitral establecido por la ley. Los tratados internacionales no son leyes y tampoco tienen el mismo vigor de esta; por lo anterior, es necesario revisar cuál es el rol de estos en el ordenamiento jurídico nacional y en la jerarquía de fuentes. En este sentido, parece ser que la solución a este problema viene dada por los conflictos normativos en el sistema jurídico, en atención a dilucidar el rango normativo que ostentan los acuerdos internacionales en materia de inversiones suscritos y ratificados por el Estado de Chile.

## CAPÍTULO III.

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

A partir del retorno a la democracia, Chile ha aprovechado la apertura de su sistema político y económico y ha suscrito y ratificado una serie de instrumentos internacionales que comparten una característica fundamental: incorporan al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado chileno. En este sentido, el arbitraje de inversiones se ha posicionado como una figura con una fisonomía propia que entrega respuestas en un especial tipo de conflictos. Ahora bien, los elementos que configuran este tipo de arbitraje revisten de especiales características y sus efectos importan consecuencias a los distintos poderes que componen el Estado. Si bien se dijo que la fuente del arbitraje son los tratados internacionales, sigue pendiente la respuesta de cómo estos se relacionan con el esquema de la jurisdicción chilena y si es que los paneles arbitrales ejercen jurisdicción en los términos que exige la Constitución Política de la República.

Con el objeto de ofrecer respuestas a las preguntas anteriormente planteadas, el presente capítulo se desarrolla conforme el siguiente esquema. En la primera sección se abordan los principales elementos que integran un procedimiento arbitral. En este sentido, se estudian sus elementos clave y cómo se forma el consentimiento arbitral, o bien, si es que el arbitraje de inversiones es sencillamente una forma de arbitraje sin vínculo contractual. Este análisis es complementado con la revisión de la noción de inversión, las partes en un litigio, los principales tribunales arbitrales y cuáles son los efectos del laudo arbitral. Por su parte, en la segunda sección se examina en detalle la fuente del arbitraje de inversiones: los tratados internacionales. De esta forma, se analiza su incorporación al derecho chileno, qué rango normativo gozan dichos instrumentos internacionales y cómo estos vinculan al Estado de Chile, incluso, en el ejercicio del poder constituyente.

### 1. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

El objeto de esta sección es identificar y estudiar los elementos clave que configuran el arbitraje internacional de inversiones. Así, en primer lugar se identifica su origen y el derecho aplicable a este tipo de controversias, para luego examinar la forma en la que se perfecciona el consentimiento arbitral. Enseguida, se analiza la noción de inversión, las partes involucradas en un litigio y los tipos de tribunales arbitrales que se pueden conformar. Finalmente, se analizan el régimen de eficacia y ejecución del laudo arbitral.

#### a) Elementos del arbitraje internacional de inversiones.

1. En términos generales, el arbitraje internacional de inversiones se enmarca en el derecho internacional de las inversiones extranjeras. Esta disciplina jurídica puede conceptualizarse como aquel conjunto de preceptos que tiene por objeto regular la protección del inversionista foráneo, así como propender a la liberalización y promoción de las inversiones extranjeras<sup>274</sup>. Vale destacar que, en el caso chileno, esta regulación se encuentra integrada tanto por preceptos de derecho doméstico, como internacional.

Ahora bien, sin perjuicio de la preponderancia del arbitraje de inversiones, es menester considerar que frente a un conflicto en que sea parte un inversionista extranjero en Chile, este puede optar por hacer efectivas todas las acciones jurisdiccionales que contempla el derecho doméstico, sin discriminación alguna en relación con un inversionista y litigante nacional, o bien, revisar si de acuerdo con su nacionalidad le es posible someter al Estado de Chile a un arbitraje, según lo expresamente establecido en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile<sup>275</sup>. Todos los APPI ratificados por Chile, y la mayor parte de los TLC, otorgan la facultad al inversionista extranjero de decidir si sus diferencias con el Estado receptor serán resueltas por la jurisdicción nacional o por un tribunal arbitral internacional<sup>276</sup>. Asimismo, las cláusulas arbitrales de dichos instrumentos prevén que el inversor elija qué tipo de arbitraje seguirá; en general, puede escoger entre un arbitraje institucional CIADI<sup>277</sup> o un arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de la CNUDMI. Con todo, vale destacar casos como el TBI suscrito con Cuba, que no contempla el sistema CIADI<sup>278</sup>.

2. En relación con el derecho aplicable a las controversias entre el inversionista extranjero y el Estado

274 GRANATO y ODDONE (2007), pp. 45-50, LIM *et al.* (2018), pp. 31-34 y SORNARAJAH (2010), pp. 79-87.

275 GUERRERO (2020), p. 260.

276 LIM *et al.* (2018), pp. 101-102.

277 Conforme la experiencia arbitral la chilena, la amplia mayoría de los inversionistas que han iniciado un procedimiento arbitral en contra del Estado de Chile han escogido el arbitraje CIADI. MAHU y ROJAS (2016), pp. 25-70, 140-193 y 194-279.

278 APPI Chile-Cuba, art. octavo, par. 2, en ANEXO I.

no existe un régimen uniforme. En un primer sentido, este difiere según el marco jurídico en que se haya realizado la inversión; así, serán distintas las reglas aplicables si el conflicto surge al amparo de un APPI, o bien, si este se origina a partir de un contrato directo con el Estado o a partir de la legislación nacional<sup>279</sup>. En un segundo sentido, algunos autores afirman que el derecho aplicable al fondo de la cuestión será el estándar de trato al inversionista extranjero, generalmente contenido en los propios acuerdos de inversiones firmados por el Estado con su par del que el inversionista es nacional<sup>280</sup>.

Si bien la regulación aplicable a cada caso difiere de acuerdo con el marco jurídico respectivo, es posible categorizar las reglas jurídicas en atención a su función en el procedimiento arbitral. En este sentido, se puede realizar la siguiente distinción<sup>281</sup>:

a) La *lex arbitri* se refiere a las reglas procesales que rigen el desarrollo del arbitraje. Estas normas pueden venir establecidas en el caso de un arbitraje institucional, como sucede con el sistema CIADI o con el reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Por otro lado, las partes pueden pactar entre ellas las reglas adjetivas del arbitraje, como es el caso del arbitraje *ad hoc* o no institucional;

b) La *lex causae* es el derecho que rige el fondo de la controversia, por tanto, dice relación con el derecho sustantivo aplicable al caso en concreto<sup>282</sup>. Esta puede estar constituida por normas de derecho nacional, de derecho internacional o una combinación de ambas. Asimismo, es posible considerar reglas que digan relación con la nueva *lex mercatoria*<sup>283</sup>, y

c) La *lex loci arbitri* dice relación con las reglas de la sede del arbitraje, particularmente, con aquellas normas obligatorias del foro, las cuales no pueden derogadas ni desconocidas por las partes. Estas reglas pueden versar tanto sobre cuestiones de fondo, como procesales del juicio arbitral. Estos preceptos varían de país en país, pero en general suelen decir relación con aquellas materias prohibitivas del arbitraje, como, por ejemplo, las causas criminales<sup>284</sup>.

3. En cuanto a los aspectos procedimentales, o *lex arbitri*, hay que considerar que los APPI y TLC señalan, primeramente, en la cláusula arbitral, que las diferencias entre un inversionista y el Estado serán resueltas, en lo posible, en forma amigable<sup>285</sup>. En este mismo sentido, la fórmula de estilo establece que, si en un plazo determinado la controversia no puede ser resuelta por un arreglo amigable, como, por ejemplo, a través de la mediación o buenos oficios, el inversionista podrá elegir entre: (i) someter la controversia a la jurisdicción estatal del Estado en cuyo territorio se haya realizado la inversión<sup>286</sup>, o bien, (ii) a un panel arbitral internacional<sup>287</sup>.

El procedimiento arbitral se inicia con una petición de arbitraje presentada por el inversionista agraviado ante uno de los órganos que establezca el tratado internacional respectivo. En este sentido, es relevante considerar qué sistemas prevé cada acuerdo; por ejemplo, el APPI suscrito con Costa Rica incorpora únicamente el sistema CIADI<sup>288</sup>. Los paneles de arbitraje en materia de inversiones suelen estar integrados por tres árbitros; en general, cada parte goza de la prerrogativa de designar a un árbitro y el tercero, quien actúa como presidente, es elegido de manera conjunta<sup>289</sup>. Luego de haberse conformado el tribunal arbitral, el orden del procedimiento dependerá de las reglas procesales aplicables a cada caso. Por regla general, el procedimiento incluye la presentación de las respectivas demandas y escritos de las partes, seguido por la incorporación de las pruebas y la realización de audiencias orales. Por último, el juicio arbitral concluye cuando el tribunal emite su laudo<sup>290</sup>.

4. Así las cosas, en atención a la anterior distinción, es menester indicar que la identificación de la *lex causae* suele plantear el mayor reto, puesto que las reclamaciones de inversión suelen referirse a asuntos que

279 ENDARA (2011), pp. 102-103 y BATIONO (2023), pp. 118-121. Por su parte, en el caso de la legislación nacional, vale tener en consideración el DL. 2.349 y la ley 20.848.

280 ENDARA (2011), p. 103.

281 LIM *et al.* (2018), pp. 144-164.

282 Algunos autores sostienen que habría una *summa divisio* entre el derecho aplicable al conflicto que surge de un tratado de inversiones respecto de aquel que surge de un contrato directo entre el Estado y el inversor. BATIONO (2023), pp. 118-121.

283 Algunos ejemplos clásicos de la nueva *lex mercatoria* son los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Términos Internacionales de Comercio. DUMBERRY (2016), pp. 351-364 y BATIONO (2023), p. 140.

284 LIM *et al.* (2018), p. 161.

285 A este período de consultas se le denomina *cooling off period requirement*. SORNARAJAH (2010), p. 320.

286 GUERRERO (2020), p. 260.

287 En cuanto al plazo, el acuerdo suscrito con Rumania establece que si en un período de tres meses no se resuelve de manera amistosa la disputa, el inversor podrá elegir entre someter la diferencia a los tribunales nacionales o un panel arbitral (art. Octavo, paras. 1 y 2, APPI Chile-Rumania). Con respecto a la elección, el acuerdo suscrito con Grecia reza: “[si] tales diferencias no pudieren ser resueltas dentro de tres meses a contar de la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado un arreglo amigable, el inversionista afectado podrá someter la diferencia ya sea a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión o a arbitraje internacional al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión” (art. Noveno, par. 2, APPI Chile-Grecia).

288 APPI Chile-Costa Rica, art. Noveno, par. 2, en ANEXO I.

289 GIORGETTI (2013), pp. 440-448.

290 El orden dependerá de las reglas escogidas por los inversionistas, quienes suelen escoger entre el CIADI y las reglas de la CNUDMI. LIM *et al.* (2018), pp. 156-160.

puedan ser objeto exclusivo del derecho doméstico o del derecho internacional, o bien, de ambos<sup>291</sup>. Algunos instrumentos internacionales son claros en establecer cuál es la normativa de fondo aplicable<sup>292</sup>. En todo caso, los autores recalcan la importancia de la costumbre, toda vez que esta constituye *per se* una fuente del derecho internacional, donde se enmarca el propio arbitraje<sup>293</sup>. Con todo, decidir qué derecho aplicar y qué disposiciones específicas se aplican para determinar la existencia, contenido y titularidad de los derechos respecto de los cuales se solicita protección es una tarea que todo tribunal arbitral debe realizar<sup>294</sup>. Ahora bien, previo a definir cuál es el derecho aplicable a un conflicto en concreto, es menester tener en consideración que el requisito fundamental para el juicio arbitral consiste en el consentimiento del Estado receptor para someterse a este tipo de procedimiento<sup>295</sup>.

## b) La formación del consentimiento arbitral.

1. El inicio de un procedimiento arbitral internacional se facilita considerablemente para un inversor debido a las especiales características de la prestación del consentimiento arbitral por parte del Estado receptor de la inversión. Por regla general, el criterio competencial de un tribunal arbitral se basa en una manifestación de voluntad previa por parte del Estado receptor de la inversión, el que se perfecciona cuando el inversionista presenta su demanda o reclamo<sup>296</sup>. Este consentimiento suele venir dado por un tratado internacional en materia de inversiones<sup>297</sup>, que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversionista, el que es posteriormente aceptado por parte del inversor privado<sup>298</sup>. Algunos autores conceptualizan esta modalidad como un caso de consentimiento avanzado, donde se produce una disociación entre la emisión (oferta) y la recepción (aceptación) del consentimiento<sup>299</sup>. Otros, en cambio, afirman que este es un caso de arbitraje sin vínculo contractual<sup>300</sup>.

El consentimiento es imprescindible para el surgimiento del arbitraje internacional<sup>301</sup>. La innovación en el ámbito de las inversiones radica en que no es necesario que dicho consentimiento o acuerdo conste en un contrato o compromiso<sup>302</sup>. Si el Estado presta el suyo de manera general a través de un instrumento internacional, el consentimiento se perfecciona cuando el inversor presenta una notificación o reclamación de arbitraje<sup>303</sup>.

## c) La noción de inversión.

1. No es baladí recordar que los tratados de inversiones surgen precisamente con el propósito de proteger las inversiones internacionales. En este sentido, es menester precisar qué es lo que debe entenderse por inversión<sup>304</sup>. Para el desarrollo de esta tarea, es posible encontrar distintos textos normativos que proporcionan elementos para la construcción de un concepto.

En primer lugar, la ley 20.848, en su artículo Segundo, define a la inversión extranjera directa y establece cuáles son sus elementos constitutivos<sup>305</sup>.

291 BATIONO (2023), pp. 118 y 141-142 y LIM *et al.* (2018), p. 145.

292 Por ejemplo, el suscrito con la República Portuguesa establece: “[el] Tribunal Arbitral, decidirá, basándose en las disposiciones de este Acuerdo, en los principios del Derecho Internacional en la materia, en los principios generales de Derecho reconocidos por las Partes Contratantes, en el derecho de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, y en los términos de eventuales acuerdos particulares que digan relación con la inversión” (art. Séptimo, par. 3, APPI Chile-Portugal).

293 LIM *et al.* (2018), p. 148.

294 LIM *et al.* (2018), p. 163.

295 DUMBERRY (2016), pp. 383-391.

296 LIM *et al.* (2018), p. 95. En este sentido, hay autores que indican que en esta clase de conflictos el Estado delega parte de su competencia para que sean conocidos por paneles internacionales. RADOVIĆ (2021), pp. 19-20

297 El tratado firmado con el Reino de Suecia señala: “[en] caso de que la controversia se remitiere a arbitraje internacional en virtud de las disposiciones de este Artículo, cada Parte Contratante por el presente consiente en someter dicha controversia al CIADI (...)” (art. Séptimo, par. 3, APPI Chile-Suecia).

298 FERNÁNDEZ (2013), p. 5.

299 PÉREZ (2015), p. 158 y RADOVIĆ (2021), pp. 48-49 y 52-55.

300 FERNÁNDEZ (2009), p. 20. Ahora bien, cierta doctrina cuestiona el análisis del consentimiento en materia de arbitraje de inversiones desde la perspectiva del arbitraje comercial internacional. RADOVIĆ (2021), pp. 51-52.

301 SORNARAJAH (2015), p. 139.

302 Esta innovación no se encuentra exenta de crítica, toda vez que algunos autores hablan de *arbitration without privity*. SORNARAJAH (2015), pp. 139-143 y RADOVIĆ (2021), pp. 48-52.

303 LIM *et al.* (2018), pp. 94-97.

304 SORNARAJAH (2015), p. 151.

305 “[...] la transferencia al país de capitales extranjeros o activos de propiedad de un inversionista extranjero o controlado por éste, por un monto igual o superior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente en otras monedas,



En segundo lugar, pese a la elocuencia de la ley 20.848, es menester tener en consideración la definición de inversión que han acordado los propios Estados en los tratados internacionales que hayan suscrito en la materia; así como en los contratos o acuerdos que pudieran haber celebrado el inversionista foráneo con el Estado receptor<sup>306</sup>. La mayor parte de los APPI y ALC suscritos por Chile contienen un concepto amplio de lo que se entiende por inversión<sup>307</sup>, incluyéndose toda categoría de bienes, derechos e intereses. Ahora bien, la práctica arbitral ha demostrado que no parece correcto realizar una interpretación literal del concepto, en este sentido, se ha dado lugar a una discusión acerca de la existencia de algunos límites inherentes al mismo, como se señalará a continuación, a partir de la prueba *Salini*<sup>308</sup>.

Ahora bien, cualquier intento por definir el concepto de inversión debe ser claro en el sentido de que no toda actividad económica que realice un inversionista en el Estado receptor es susceptible de ser catalogada de inversión. Así, es posible que existan contratos entre inversionistas foráneos y el Estado receptor que no constituyan inversión, sino que hagan referencia a relaciones comerciales entre ellos, en cuyo caso, las controversias suscitadas también podrán ser resueltas por el arbitraje, pero no de inversiones, sino por el comercial internacional<sup>309</sup>.

2. Frente al problema de que existan acuerdos con una noción excesivamente amplia de inversión<sup>310</sup>, algunos tribunales arbitrales han desarrollado y aplicado algunos criterios, a fin de dilucidar si una controversia es materia de arbitraje de inversiones<sup>311</sup>. En este sentido, es menester tener en consideración un control que ha establecido el CIADI llamada prueba *Salini*<sup>312</sup>. Esta tiene su origen en el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra el Reino de Marruecos*. En cuanto a los hechos, los inversionistas italianos alegaban que el contrato de construcción de una autopista había sido incumplido por el Estado marroquí. Respecto a lo anterior, el panel arbitral confirmó que la disputa era relativa a una inversión, según lo estipulado por el APPI suscrito entre la República Italiana y el Reino de Marruecos. Con todo, la novedad vino dada en cuanto el tribunal desarrolló elementos para configurar normativamente la noción de inversión. En este sentido, el panel afirmó que una inversión internacional importa los siguientes elementos: (i) un volumen de contribución; (ii) una cierta duración de la relación contractual; (iii) la presencia del factor riesgo para el inversionista, y (iv) una contribución al desarrollo económico del Estado receptor de dicha inversión<sup>313</sup>. En el caso concurrieron estos elementos, por lo que se estimó que procedía el arbitraje<sup>314</sup>. A partir de este laudo, algunos autores se han abocado en defender la contribución al desarrollo económico del Estado receptor como elemento clave para identificar una hipótesis de inversión<sup>315</sup>.

Pese a la claridad de los elementos de la prueba *Salini*, la práctica arbitral se encuentra dividida en cuanto a su procedencia y algunos laudos le han negado cualquier carácter normativo de sus criterios<sup>316</sup>. En este sentido, es menester recordar que en el arbitraje internacional no rige el *stare decisis*<sup>317</sup>, por lo tanto, los tribunales arbitrales no se ven en la necesidad de aplicarlo en sus laudos<sup>318</sup>; asimismo es preciso tener en consideración que no todos los juicios arbitrales siguen las reglas del CIADI<sup>319</sup>.

3. Si bien en el derecho internacional público se suele discutir acerca del carácter de la jurisprudencia como una fuente formal del derecho, en la práctica se le ha reconocido un importante valor, al menos, como elemento de interpretación y como medio de prueba<sup>320</sup>. Al parecer, este valor no se replica en el arbitraje de inversiones<sup>321</sup>, así como tampoco existe un sistema de precedente judicial obligatorio como es el caso del

---

que se efectúe a través de moneda extranjera de libre convertibilidad, bienes físicos en todas sus formas o estados, reinversión de utilidades, capitalización de créditos, tecnología en sus diversas formas susceptible de ser capitalizada, o créditos asociados a la inversión extranjera proveniente de empresas relacionadas" (art. Segundo, i. I, ley 20.848).

306 SORNARAJAH (2010), pp. 308-309.

307 El TBI con Ucrania proclama: "(...) significa toda clase de activos, siempre que la inversión haya sido autorizada en conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante, e incluirá en particular, aunque no exclusivamente: a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad; b) (...) o cualquiera otra clase de participación en sociedades; c) (...) o a cualquier otra prestación que tenga un valor económico; d) derechos de propiedad intelectual e industrial (...); e) concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato (...) o explotar recursos naturales" (art. Primero, par. 2, APPI Chile-Ucrania).

308 MEREMINSKAYA (2010b), p. 39, SORNARAJAH (2015), pp. 151-152 y SORNARAJAH (2010), pp. 309-310.

309 MEREMINSKAYA (2010b), p. 39.

310 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 60-62.

311 SORNARAJAH (2010), pp. 190-194 y 308-310.

312 LIM *et al.* (2018), p. 218 y GRABOWSKI (2014), pp. 294-298.

313 *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos*. Caso CIADI N°ARB/00/4, Decisión sobre la jurisdicción, 23 de julio de 2001, par. 52.

314 MEREMINSKAYA (2010b), p. 40.

315 SORNARAJAH (2015), pp. 151-154.

316 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*. Caso CIADI N°ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, paras. 312, 314-316.

317 BJORKLUND (2009), pp. 1294-1297.

318 BROWER y SCHILL (2009), p. 473.

319 LIM *et al.* (2018), p. 230.

320 SHAW (2008), pp. 109-112 y DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 125-129.

321 Esto no implica que la costumbre no sea fuente del derecho en materia de arbitraje de inversiones, toda vez que esta tiene una fuerte raigambre en la disciplina. SORNARAJAH (2010), pp. 82-85.

*common law*<sup>322</sup>. En atención a lo anterior, es posible señalar que el arbitraje de inversiones ha surgido como una figura jurídica con una fisonomía propia. En este sentido, dichos procedimientos arbitrales cuentan con unas características específicas y con unos efectos obligatorios propios respecto de los sujetos que recurren a él.

#### d) Las partes.

1. Si bien son los Estados soberanos quienes suscriben los tratados internacionales, el arbitraje de inversiones no regula eventuales controversias entre Estados como sujetos del derecho internacional<sup>323</sup>. Uno de los aspectos, a todas luces relevante, de este arbitraje son las partes que se enfrentan: así, por un lado, existe un inversor extranjero, es decir, un privado; y, en la contraparte, se encuentra el Estado receptor de dicha inversión, es decir, un ente soberano. Encontrar una definición satisfactoria para una u otra parte no es una tarea sencilla<sup>324</sup>.

2. El Estado es entendido como el sujeto originario del derecho internacional público, puesto que este último surge como un orden jurídico interestatal<sup>325</sup>. En cuanto entidad soberana, se entiende que el Estado reúne todas las características necesarias para ser sujeto de este derecho<sup>326</sup>. Desde el punto de vista de la soberanía se indican dos rasgos relevantes:

a) Por un lado, se entiende que el poder estatal consiste en un poder autónomo supremo en la conducción de las relaciones políticas internas, actuando como la máxima autoridad<sup>327</sup>.

b) Por el otro, se establece que dicho poder estatal permite determinar libremente su conducta con respecto a otros Estados, pudiendo celebrar distintos acuerdos internacionales<sup>328</sup> y siendo titular de una variada cantidad de derechos y obligaciones<sup>329</sup>.

3. En cuanto al inversionista privado, la ley entrega una definición de inversor extranjero e indica que este es toda persona natural o jurídica constituida en el extranjero, no residente ni domiciliada en Chile, que transfiera capitales al país en los términos indicados por la ley (art. Tercero, ley 20.848). Junto a lo anterior, los acuerdos de inversiones incorporan su propio concepto de inversionista<sup>330</sup>; asimismo, las cámaras de comercio y centros de arbitraje proporcionan una definición en sus reglamentos<sup>331</sup>. Además, algunos tratados internacionales incluyen algunas reglas en cuanto a quienes podrán ser estos inversores, a modo ilustrativo, el APPI suscrito entre Chile y Francia no habla de inversores, sino más bien se refiere a sociedades<sup>332</sup>.

En cuanto a la definición de inversor de los tratados de inversiones se suele incluir tanto a la persona natural, como a la persona jurídica. Respecto de la primera no suelen haber más requisitos que ser nacional del Estado parte. Ahora bien, en cuanto a la persona jurídica, los acuerdos no son uniformes en establecer pautas o definiciones de este<sup>333</sup>. Así, la mayor parte de estos instrumentos la entiende como cualquier entidad constituida de acuerdo con la legislación nacional y que cuente con sede social y actividad económica efectiva en su territorio<sup>334</sup>. Asimismo, algunos establecen que esta persona jurídica puede o no tener fines de

322 DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 125-129

323 Sin perjuicio de que los tratados de inversiones incorporan un mecanismo de resolución de controversias entre los propios Estados contratantes. RADOVIĆ (2021), pp. 48-49 y CONTRERAS (2015), p. 46.

324 LIM *et al.* (2018), pp. 128-130.

325 SHAW (2008), p. 197 y DIEZ DE VELASCO (2017), p. 273.

326 DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 273-276 y KAU (2024), pp. 246-249.

327 DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 275-278.

328 En otras palabras, el *ius tractatum* del que es titular cada Estado soberano. ALDUNATE (2010), pp. 194-195.

329 SHAW (2008), pp. 195-197 y DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 270-273.

330 El APPI con Malasia lo define como: "(...) i) cualquier persona natural que tenga la nacionalidad de la Parte Contratante en conformidad con sus leyes; o cualquier corporación, (...) o empresa establecida o debidamente constituida de acuerdo con las leyes pertinentes de esa Parte Contratante y que tengan su sede y realicen sus operaciones comerciales en el territorio de esa misma Parte Contratante" (art. Primero, letra c), APPI Chile-Malasia).

331 Según el arbitraje CIADI: "[se] entenderá como 'nacional de otro Estado Contratante': (a) toda persona natural que tenga (...) la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que (...) tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero" (art. 25, par. 2, Convenio CIADI).

332 El acuerdo señala: "[el] término 'sociedad' significa cualquier persona jurídica constituida en el Territorio de una de las Partes Contratantes en virtud de la legislación de dicha Parte, que tenga su oficina principal en el Territorio de dicha Parte, o sea controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede principal en el Territorio de una de las Partes Contratantes y estén constituidas de conformidad con la legislación de dicha Parte" (art. Primero, par. 3, APPI Chile-Francia).

333 En particular, atendida la estructura corporativa de algunas empresas transnacionales, no es sencillo determinar la nacionalidad efectiva del inversionista. LIM *et al.* (2018), p. 244 y SORNARAJAH (2010), pp. 197-201.

334 APPI Chile-Bélgica-Luxemburgo, art. Primero, par. 1, letra b.

lucro<sup>335</sup>. Otro es el caso de aquellos APPI que incluyen, como inversor, a personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de un tercer país, pero que sean efectivamente controladas por nacionales de una de las partes contratante, o bien, por personas jurídicas que tengan su sede en el territorio de uno de los Estados parte y que ejerzan allí su actividad económica real<sup>336</sup>. Un último aspecto relevante viene dado por aquellos tratados que permiten que haya injerencia de lo público en estas entidades<sup>337</sup>, a modo ilustrativo, el acuerdo suscrito con Italia que da como ejemplo de personas jurídicas a las “instituciones públicas”<sup>338</sup>, mientras que el suscrito con Hong Kong indica que las empresas pueden ser de propiedad o controladas tanto por privados, como por el gobierno<sup>339</sup>. El TLC suscrito con China replica lo anterior, en tanto se establece que las empresas pueden ser propiedad, o estar bajo el control, privada o estatal<sup>340</sup>. En relación con este último punto, algunos autores han estudiado la evolución del concepto de inversor, que en su inicio era fundamente privado, para luego incluir a las empresas públicas del Estado y que estas utilicen el arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de controversias en sus proyectos económicos más allá de sus fronteras<sup>341</sup>.

Ahora bien, el problema viene dado en cuanto no cualquier inversor puede iniciar un procedimiento arbitral, sino solo un extranjero y cuyo Estado del que es nacional haya suscrito un tratado bilateral de inversiones con Chile, que se haya ratificado de conformidad al ordenamiento jurídico (*cf.* Ar. 54 CPR) y que se encuentre vigente (*cf.* Art. Quinto, respecto a la idea de la “vigencia” de los tratados)<sup>342</sup>.

Respecto a la nacionalidad del inversor, también es el propio acuerdo internacional el que entrega una noción de lo que deba entenderse por tal<sup>343</sup>. Los autores han reconocido una serie de dificultades en este asunto, dado que no es poco usual encontrar casos donde el inversionista es nacional de más de un Estado, o bien, las sociedades se encuentran en manos de socios de más de una nacionalidad<sup>344</sup>. Frente a este embrollo, es tarea del panel arbitral establecer si su jurisdicción se extenderá a dichas controversias; la respuesta no es uniforme, ya que se enfrenta a las mismas dificultades que con la prueba *Salini*<sup>345</sup>.

4. Frente al inversor extranjero, su contraparte es siempre un Estado quien reviste el carácter de demandado. La principal discusión en esta materia radica en si cualquier conducta del Estado, que implique una afectación en la inversión foránea, puede ser materia de arbitraje<sup>346</sup>.

a) Frente a esta cuestión, los autores se remiten a las reglas del derecho internacional público, dado que estas guardan relación con la atribución de conducta a un Estado. En este sentido, parece ser que la cuestión debe ser respondida siguiendo las reglas secundarias de responsabilidad del Estado, las que se encuentran contenidas, en gran medida, en los artículos sobre la responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 (*Draft articles*)<sup>347</sup>.

Se entiende que la atribución de responsabilidad a los Estados surge a partir de un hecho internacionalmente ilícito. Este hecho de un Estado, generador de responsabilidad internacional, puede representar tanto una lesión de los derechos de otro Estado, como de un perjuicio causado a un particular extranjero. A modo ilustrativo, este hecho puede surgir del comportamiento de los órganos del Estado (como Estado-juez o Estado-legislador), o bien, de la actuación de una persona que ejerce atribuciones de poder político. Ahora bien, lo anterior se establece de acuerdo con el derecho interno de cada país<sup>348</sup>.

b) En otra línea, un segundo problema viene dado por establecer qué órganos públicos pueden incurrir en actuaciones que impliquen el inicio de un juicio arbitral<sup>349</sup>. En este sentido, cobra relevancia el análisis orgánico de los servicios, a fin de vislumbrar si su actuación implica el ejercicio de funciones gubernamentales o administrativas; o bien, si su orgánica no es pública, revisar si las decisiones son tomadas siguiendo

335 APPI Chile-Dinamarca, art. Primero, par. 3, letra b.

336 APPI Chile-Suecia, art. Primero, par. 2, letra b; APPI Chile-Suiza, art. Primero, par. 1, letra c, y APPI Chile-Venezuela, art. Primero, par. 1, letra c.

337 SORNARAJAH (2010), p. 40.

338 APPI Chile-Italia, art. Primero, par. 4.

339 APPI Chile-Hong Kong, art. Primero.

340 Acuerdo suplementario sobre inversiones del TLC Chile-China, art. Primero.

341 Este análisis tiene lugar principalmente en relación con empresas chinas y sus proyectos de inversión en el extranjero. MC-LAUGHLIN (2020a), pp. 610-619, MC-LAUGHLIN (2020b), pp. 283-293, FELDMAN (2016), pp. 31-33 y Du (2016), pp. 121-127.

342 Chile ha suscrito más de una decena de acuerdos de promoción y protección recíprocas de las inversiones que aún no han sido ratificados. Por ejemplo, con El Líbano, suscrito en Beirut el 13 de octubre de 1999, o con la República Federativa de Brasil, suscrito en Santiago el 24 de noviembre de 2015.

343 El tratado con Francia indica: “[e]l término ‘nacionales’ significa, con respecto a cualquiera de las Partes Contratantes, las personas naturales que posean la nacionalidad de una Parte Contratante de conformidad con sus leyes” (art. Primero, par. 2, APPI Chile-Francia).

344 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 46-59, LIM *et al.* (2018), p. 244 y SORNARAJAH (2010), pp. 197-201.

345 LIM *et al.* (2018), pp. 234-238 y DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 35-37.

346 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 195-198.

347 LIM *et al.* (2018), p. 130.

348 DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 819-822 y 825-835.

349 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 195-198.

instrucciones del gobierno<sup>350</sup>. La tarea del derecho interno viene dada por definir las condiciones a partir de las cuales ciertas acciones humanas pueden ser consideradas como actos del Estado. La noción de órgano designa al titular de un cargo público, perteneciente a una estructura organizativa de la administración, a condición de que este cuente con las competencias atribuidas por el orden normativo<sup>351</sup>.

En Chile se establece que la actuación de los órganos del Estado se encuentra vinculada por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella (art. Sexto, i. I, CPR). En este sentido, los órganos del Estado actúan de manera válida previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y sin más atribuciones o potestades que las que le confiere el ordenamiento jurídico (art. Séptimo, i. I, CPR). Así las cosas, solo pueden incurrir en actos susceptibles de iniciar un procedimiento arbitral aquellos órganos y servicios públicos creados por ley, que actúen dentro de sus márgenes de competencia y que realicen actos que les han sido expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico<sup>352</sup>.

Por último, vale destacar que, si bien pueden existir casos en que los órganos políticos o administrativos actúen directamente en un procedimiento arbitral, el Estado es el responsable internacional por las actuaciones y omisiones de estos<sup>353</sup>.

## e) Tribunales arbitrales internacionales.

1. Es importante establecer que actualmente no existe una especie de “corte internacional de arbitraje de inversiones” que vincule a los Estados que son parte del entramado de acuerdos de inversiones existente. Lo que sí existe es una serie de instituciones y organismos que se encargan de administrar el procedimiento arbitral, así como de árbitros adscritos al centro, quienes son los encargados de integrar los paneles arbitrales<sup>354</sup>. Asimismo, vale diferenciar que en un arbitraje *ad hoc* las partes pactan el procedimiento a seguir, mientras que si el arbitraje es institucional, estas reglas se encuentran preestablecidas por la institución escogida<sup>355</sup>.

2. Ahora bien, es menester tener en consideración que el sistema de solución de controversias de inversiones que ha alcanzado una destacada trayectoria ha sido el CIADI. El arbitraje CIADI, por tanto institucionalizado, es el más utilizado en el ámbito de inversiones internacionales<sup>356</sup>. Lo anterior, gracias a sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales domésticos, así como por su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales por los Estados parte del Convenio<sup>357</sup>. Por su parte, vale destacar que Chile ratificó el convenio CIADI en 1991. En este sentido, la mayoría de los tratados de inversión suscritos y ratificados por Chile contemplan este sistema, salvo los suscritos con Cuba y Hong Kong<sup>358</sup>. Los acuerdos de libre comercio suscritos y ratificados por Chile también lo suelen contemplar<sup>359</sup>.

Además del arbitraje CIADI, el Centro contempla un procedimiento arbitral a través de su mecanismo complementario. Este tiene lugar en los casos en que el Estado del que es ciudadano el inversor, o el Estado receptor del capital, es parte del Convenio CIADI, pero no ambos. Si bien este en gran medida sigue las reglas del arbitraje CIADI, no contempla todas sus ventajas, como lo es la facilidad para el reconocimiento y la ejecución de los laudos<sup>360</sup>.

3. Así las cosas, vale tener en consideración la existencia de otras instituciones arbitrales que también se encargan de la administración de los juicios arbitrales. En este sentido, destacan la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otras<sup>361</sup>. En estos foros se han resuelto controversias en materia de inversiones extranjeras, fallando generalmente de acuerdo con las reglas de la CNUDMI, aunque también han desarrollado el procedimiento arbitral siguiendo sus propios reglamentos de arbitraje<sup>362</sup>. El juicio arbitral dirigido por estos centros suele tener lugar en los casos en que los acuerdos prevén que las partes puedan elegir cualquier otro reglamento o institución arbitral<sup>363</sup>.

350 LIM *et al.* (2018), p. 130.

351 VALDIVIA (2018), pp. 75-76 y 78-79.

352 BERMÚDEZ (2011), p. 67.

353 MEDINA-CASAS (2009), p. 230.

354 LIM *et al.* (2018), p. 106.

355 FERNÁNDEZ (2013), pp. 4-7 y SORNARAJAH (2010), p. 306.

356 SORNARAJAH (2010), p. 306.

357 FERNÁNDEZ (2013), pp. 4-6.

358 APPI Chile-Cuba art. Octavo, par. 2 y APPI Chile-Hong Kong, arts. 21 y 23, en ANEXO I.

359 Para una lista detallada de los TLC con disposiciones relativas al arbitraje de inversiones que incorporan el sistema CIADI, *vid.* ANEXO II.

360 FERNÁNDEZ (2013), p. 6 y FERNÁNDEZ (2006), pp. 18-19.

361 LIM *et al.* (2018), p. 106 y SORNARAJAH (2010), p. 306.

362 FERNÁNDEZ (2013), pp. 6-7.

363 Desde un punto de vista histórico no es novedosa la existencia de órganos jurisdiccionales especiales para los comerciantes

## f) Eficacia del laudo arbitral.

1. El carácter obligatorio del laudo del arbitraje de inversiones viene dado por el mismo acuerdo suscrito entre los Estados parte de este sistema. Dichos instrumentos internacionales establecen que la decisión del panel arbitral, relativa al conflicto específico, es definitiva y obligatoria para las partes<sup>364</sup>. Ahora bien, es posible distinguir dos regímenes para estudiar la eficacia y la ejecución del laudo arbitral (i) el arbitraje seguido ante el CIADI y (ii) los otros procedimientos arbitrales.

a) Los Estados parte del Convenio CIADI deben reconocer el carácter obligatorio del laudo y deben ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias que emanen de este, tal como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional (arts. 53 y 54, Convenio CIADI)<sup>365</sup>. De esta forma, vale destacar que la obligación de cumplir el laudo es una obligación internacional que surge del propio Convenio de Washington<sup>366</sup>.

Ahora bien, frente a un incumplimiento del Estado condenado, es menester tener en consideración que el Convenio CIADI cuenta con dos mecanismos de solución. Por un lado, en el plano jurídico, permite la reanudación del camino de la protección diplomática del Estado inversor, mediante una reclamación internacional que permita que la controversia pueda ser discutida ante la Corte Internacional de Justicia (art. 64, Convenio CIADI). Por el otro, en el plano económico, el incumplimiento dejará en una delicada posición al Estado infractor ante los órganos directores del Banco Mundial<sup>367</sup>.

b) Si el arbitraje no es conforme a las reglas del CIADI, en un procedimiento ora *ad hoc*, ora institucional, el laudo que emane del tribunal arbitral debe ser reconocido y ejecutado siguiendo las reglas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958<sup>368</sup>.

## 2. FUENTES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

El objeto de esta sección es estudiar en detalle la fuente del arbitraje de inversiones, los tratados internacionales, y cómo estos se articulan en el ordenamiento jurídico chileno. Para lograr dicho cometido, en primer lugar, se analiza qué tipo de instrumentos internacionales son aquellos que incorporan en sus disposiciones el arbitraje para dar solución a los conflictos que surgen entre inversionistas y el Estado receptor. Enseguida, se examina cuál es el rango normativo de dichos tratados internacionales y los posibles conflictos normativos que experimente con otras fuentes del derecho, así como se propone bajo qué regla se pueden solucionar dichos conflictos: por aplicación del principio de competencia. Por último, se analiza que las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en virtud de estos instrumentos es de tal entidad que incluso limitan el ejercicio de su poder constituyente.

### a) Tratados internacionales.

1. El arbitraje internacional surge a partir de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el país, los que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional<sup>369</sup>. En este sentido, es preciso revisar los tratados internacionales que incorporan esta figura, así como identificar cuál es la forma en que estos se incorporan al derecho doméstico.

Sería impreciso afirmar que el arbitraje de inversiones surge a partir de una misma clase de acuerdos internacionales. Así, es menester distinguir que esta figura puede surgir a partir de dos clases de tratados internacionales: por un lado, es posible encontrar los tratados bilaterales de inversiones y, por el otro, los trata-

---

(modernos inversionistas). Comta dicho, en el medioevo ya existía la figura del *Consolat de Mar*, la que tenía por objeto la resolución de controversias entre los comerciantes del Mar Mediterráneo.

364 El acuerdo con Noruega establece: “[la] decisión arbitral será definitiva y obligatoria para ambas partes” (art. Octavo, par. 4, APPI Chile-Noruega). El tratado con Panamá reza: “[las] sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en litigio y serán ejecutadas en conformidad con la ley interna de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión” (art. Octavo, par. 5, APPI Chile-Panamá).

365 BUNGENBERG y REINISCH (2018), pp. 156-160.

366 LIM *et al.* (2018), pp. 448 y 452-459.

367 LINARELLI *et al.* (2018), pp. 9-10 y 54.

368 También conocida como la Convención de Nueva York. LIM *et al.* (2018), pp. 449-452.

369 SORNARAJAH (2010), pp. 187-190.

dos de libre comercio que incorporan un capítulo de inversiones. Los primeros tienen por objeto exclusivo la protección y promoción de las inversiones y establecer un estatuto jurídico de protección a los inversionistas, mientras que los segundos suelen regular materias más amplias en el comercio, como la exención de tributos, a lo que se agrega un acápite relativo a las inversiones<sup>370</sup>. Por ejemplo, Chile ha ratificado más de una veintena de ALC, de los cuales al menos una docena incorpora un capítulo que dice relación con inversiones, integrando, a su vez, el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado chileno<sup>371</sup>. El proceso de integración económica regional ha llevado a la inclusión de acápites de inversiones en algunos acuerdos de libre comercio de carácter multilateral; algunos ejemplos de esta corriente vienen dados por las firmas del TLC entre Chile y Centro América y de su Protocolo (1999) y del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014).

2. Así las cosas, es necesario tener en consideración que un tratado internacional constituye un instrumento jurídico que solo regula relaciones entre Estados soberanos<sup>372</sup>. De esta forma, en materia de inversiones, estos acuerdos operan a dos niveles distintos.

a) Por un lado, a nivel internacional, rigen las relaciones interestatales entre los Estados parte e imponen derechos y obligaciones recíprocas. En el caso de los acuerdos en materia de inversiones, estos conceden un cúmulo de derechos respecto de una parte de sus ciudadanos, quienes son los inversores que cumplan con los requisitos ya enunciados<sup>373</sup>.

b) Por el otro, a nivel interno, comprometen al Estado receptor del capital a respetar y proteger los derechos del inversor extranjero, pudiendo este último reclamarlos tanto ante la jurisdicción local, como en un juicio arbitral internacional<sup>374</sup>. Algunos autores han indicado que esto implica una novedad, en cuanto reconoce y concede derechos a los inversores en el derecho internacional, tal como si se tratara de sujetos en este ordenamiento jurídico<sup>375</sup>.

Los sujetos por excelencia en el derecho internacional público son los Estados<sup>376</sup>. Frente a lo anterior, por regla general, las personas no son sujetos en este orden jurídico, salvo excepciones, como consta en el Estatuto de Roma de 1998<sup>377</sup>. En este sentido, es menester recordar que los derechos que revisten a los inversores extranjeros surgen exclusivamente a partir de la suscripción de los APPI y los ALC entre Estados soberanos. Así, no es que se les reconozca personalidad jurídica, sino que estos acuerdos internacionales les reconocen derechos y obligaciones e *ius standi* para reclamar ante un panel arbitral en caso de que estos derechos se vean conculcados<sup>378</sup>. Una posible excepción vendría dada de la mano de un contrato celebrado entre un Estado soberano y un inversor foráneo, el que incorpore el arbitraje internacional como método de resolución de conflictos jurídicos. Ahora bien, la mera celebración de un contrato no reviste el proyecto bajo el concepto de inversión, toda vez que es posible que solo regule relaciones comerciales, en cuyo caso, el conflicto será ventilado ante un arbitraje de tipo comercial internacional<sup>379</sup>.

En otra línea, vale destacar que los APPI no son los únicos tratados internacionales que reconocen derechos y obligaciones a los ciudadanos de los Estados contratantes<sup>380</sup>. Por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica (1978) incorpora un catálogo de derechos civiles, políticos y sociales. Así las cosas, la verdadera novedad de los APPI viene dada por el abanico de opciones que entrega a los sujetos a los que se les reconoce ciertos derechos, en orden a que estos se hagan valer. En este sentido, estos tratados incorporan una serie de mecanismos para que se cumplan los derechos que les son reconocidos, en este sentido, la principal herramienta es el arbitraje<sup>381</sup>.

3. Pese a la variedad de los tratados internacionales que consagran la institución del arbitraje de inversiones, es posible afirmar que estos siguen un modelo general en cuanto su forma<sup>382</sup>. En este sentido, es menester distinguir dos figuras que aparecen incluidas en estos: (i) las cláusulas paraguas y (ii) las cláusulas *fork in the road*.

370 MONTT (2005), p. 21.

371 Para una lista detallada de los TLC con disposiciones relativas al arbitraje de inversiones, *vid.* ANEXO II.

372 SHAW (2008), pp. 93-98 y DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 158-159.

373 Estos derechos dicen relación principalmente con el estándar de trato que debe recibir el inversionista en el Estado receptor de sus negocios. SORNARAJAH (2010), pp. 201-205.

374 GRANATO y ODDONE (2007), pp. 51-53.

375 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 1-11. En este sentido, vale hacer presente que el arbitraje de inversiones es, junto con los sistemas regionales de protección de derechos humanos, uno de los regímenes en derecho internacional que reconoce *ius standi* a las personas. STOPPIONI (2019), p. 181.

376 SHAW (2008), p. 197 y DIEZ DE VELASCO (2017), p. 273.

377 DIEZ DE VELASCO (2017), pp. 269-277 y 301-304.

378 STOPPIONI (2019), p. 181.

379 MEREMINSKAYA (2010b), p. 39.

380 STOPPIONI (2019), p. 181.

381 SORNARAJAH (2010), pp. 216-219.

382 SORNARAJAH (2010), pp. 187-188.

a) Las cláusulas paraguas<sup>383</sup>, o *umbrella clauses*, han sido conceptualizadas como aquellas disposiciones contenidas en los tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto del inversionista foráneo y de su propiedad<sup>384</sup>. La principal relevancia de estas viene dada en cuanto consagran una obligación internacional para el Estado receptor del capital<sup>385</sup>. Así, es posible transformar obligaciones contractuales en obligaciones internacionales<sup>386</sup>. En este sentido, hay autores que destacan que el principal objetivo de estas cláusulas es asegurar el acceso efectivo a la justicia de los inversionistas<sup>387</sup>. Algunos autores se han referido a estas cláusulas indicando que han sido agregadas para otorgar una protección adicional a los inversionistas, superando los estándares internacionales tradicionales<sup>388</sup>. Reciben tal nombre puesto que dejan las inversiones y flujos de capital bajo el amparo del paraguas protector de un tratado internacional<sup>389</sup>. En general, puede indicarse que estas cláusulas pretenden elevar todos los incumplimientos contractuales u obligaciones, del Estado receptor al incumplimiento de un tratado internacional<sup>390</sup>. En este sentido, es posible observar una hipótesis en que se aplican conjuntamente la legislación del Estado receptor con la ley propia del contrato, la que suele decir relación con la nueva *lex mercatoria*<sup>391</sup>.

b) Las cláusulas de opción irrevocable<sup>392</sup>, o *fork in the road*, establecen que el inversor extranjero deberá elegir, una sola vez y de manera definitiva, entre litigar ante los tribunales nacionales del Estado que hospede la inversión o en un tribunal arbitral internacional<sup>393</sup>. La elección del foro es irrevocable, regula la bifurcación y pretende evitar que se dupliquen los procedimientos respecto de una misma controversia jurídica<sup>394</sup>. De esta forma, esta técnica impide que una reclamación iniciada en un arbitraje internacional pueda, posteriormente, ser reproducida ante los tribunales nacionales y viceversa.

Para que surja la preclusión, no basta cualquier medida adoptada por el inversor en orden a inclinarse por uno u otro sistema, toda vez que es necesario que el inversor actúe de forma tal que conlleve a la apreciación de la causa por parte de la autoridad, a modo ilustrativo, a través de la interposición de una demanda ante un tribunal ordinario<sup>395</sup>. Estas disposiciones suelen tener por objeto limitar al inversor foráneo en su elección. En este sentido, algunos autores hacen un símil con la *res judicata*, o excepción de cosa juzgada, en tanto un tribunal debe decidir en qué medida está obligado por la decisión anterior de una corte o tribunal perteneciente a un sistema diferente<sup>396</sup>.

Asimismo, para aplicar la cláusula *fork in the road* se ha desarrollado una regla conocida como la prueba de identidad triple<sup>397</sup>. Así, para que la cláusula despliegue sus efectos, es necesario que la misma reclamación haya sido puesta con anterioridad en conocimiento de un tribunal estatal o arbitral<sup>398</sup>. Para que sea la misma, deben concurrir los siguientes elementos: la identidad de las partes, la causa de la acción y el objeto (por regla general, la compensación pretendida). Como se ha dicho con anterioridad, la aplicación de la regla es limitada, puesto que su vinculatoriedad es restringida<sup>399</sup>.

Ahora bien, frente a la facultad del inversor foráneo entre escoger la justicia doméstica o recurrir al arbitraje internacional, es posible preguntarse si estos derechos consagrados por los tratados internacionales pueden ser reclamados ante los tribunales estatales. Por regla general, en los acuerdos en materia de inversiones, se reconoce y acepta la facultad del inversionista para someter sus conflictos a la autoridad de los tribunales domésticos del Estado receptor de su inversión<sup>400</sup>. En términos de derecho doméstico, es posible reconocer que los conflictos de inversión internacional no necesariamente deben ser conocidos por un arbitraje internacional, lo que permite afirmar que los derechos y acciones reconocidos en los APPI y TLC son

383 A modo ilustrativo, el acuerdo suscrito con Austria indica: “[cada] Parte Contratante cumplirá cualquier obligación contractual que hubiera asumido con un inversionista de la otra Parte Contratante en lo que respecta a las inversiones que hubiera aprobado en su territorio” (art. Segundo, par. 4, APPI Chile-Austria).

384 MEREMINSKAYA (2009), p. 13.

385 MEREMINSKAYA (2009), p. 44.

386 LIM *et al.* (2018), pp. 350-352 y FERNÁNDEZ (2005), pp. 27-33.

387 DE NANTEUIL (2023), p. 179.

388 SORNARAJAH (2010), pp. 216 y 304.

389 DOLZER y SCHREUER (2008), pp. 153-162 y SORNARAJAH (2010), p. 304.

390 MONTT (2005), p. 44.

391 MEREMINSKAYA (2009), pp. 44-45.

392 El APPI con Honduras establece: “[una] vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva.” (art. Octavo, par. 3, APPI Chile-Honduras).

393 SORNARAJAH (2010), p. 320.

394 LIM *et al.* (2018), p. 102.

395 En atención a esta situación, cabe preguntarse si frente cualquier actuación ante un tribunal ordinario, independiente de su naturaleza (a modo de ejemplo: medidas prejudiciales, demandas o cualquier otra solicitud), se entendería el asunto radicado ante la jurisdicción estatal. Lo anterior, implicando la preclusión de la reclamación de arbitraje internacional. SORNARAJAH (2010), pp. 320-321.

396 SORNARAJAH (2010), pp. 320-322.

397 Prueba que guarda estrecha relación con la cosa juzgada.

398 Supervisión y Control S.A. v. República de Costa Rica. Caso CIADI N°ARB/12/4, Laudo final, 18 de enero de 2017, par. 330.

399 PETSCH (2019), pp. 393, 406-412 y 421-422 y SORNARAJAH (2010), p. 321.

400 Por ejemplo, el tratado suscrito con Filipinas indica: “[...] el inversionista podrá someter la diferencia: a) al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o b) a arbitraje internacional (...)” (art. Octavo, par. 2, APPI Chile-Filipinas).

plenamente invocables y recurribles ante los tribunales estatales chilenos, de conformidad a la elección del inversor foráneo<sup>401</sup>. En este mismo sentido, frente a algunas críticas que ha recibido el arbitraje internacional, se ha dicho que la aplicación de los TBI en tribunales domésticos es una alternativa que permite garantizar los derechos del inversor extranjero, así como el desarrollo de mejores instituciones judiciales a nivel doméstico<sup>402</sup>.

## b) Rango normativo de dichos tratados internacionales.

1. Como ha quedado de manifiesto, la incorporación del arbitraje de inversiones al derecho nacional viene dada por los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. Ahora bien, una cuestión relevante consiste en identificar cómo aplicar y entender estos textos normativos a la luz del ordenamiento nacional. La entrada en vigor internacional de un tratado viene dada por el acto jurídico por medio del cual el Estado hace constar su voluntad de obligarse por el tratado, el que es conocido como la ratificación<sup>403</sup>. Vale destacar que esta función recae en la figura del Presidente de la República (art. 32, N°15, CPR). Si bien respecto de lo anterior no surge mayor discusión, el asunto queda pendiente en cuanto a su vinculatoriedad en el derecho doméstico.

2. La Constitución no regula la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, ni su rango normativo<sup>404</sup>. Si bien existe una asimilación de los acuerdos a la ley, este es de mediano alcance, sin extenderse a los efectos normativos del tratado<sup>405</sup>. Frente al debate en torno a si entre los propios tratados internacionales ratificados por Chile existe cierta jerarquía, cierta doctrina considera que es razonable argumentar una preminencia respecto de aquellos que versen sobre derechos humanos, lo que aún no se encuentra exento de debate<sup>406</sup>. Con todo, la inversión internacional no es entendida como un derecho humano, así que dichos tratados internacionales se encuentran excluidos de la discusión<sup>407</sup>.

3. Ahora bien, frente a la falta de respuesta relativa a la jerarquía de un tratado internacional, algunos autores reconocen que la única fuente que permite reconocer la función normativa del texto de un tratado en el derecho nacional es el decreto promulgatorio del tratado del Presidente de la República, así como la orden contenida en este, en cuanto ordena dar cumplimiento al tratado<sup>408</sup>. Lo anterior, lógicamente seguido de la publicación del decreto en el Diario Oficial.

4. Es relevante tener en consideración una distinción recogida tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia constitucional<sup>409</sup>, que diferencia entre tratados internacionales autoejecutables (*self executing*) y no autoejecutables (*non self executing*). El criterio para distinguir unos de otros radica, en si las disposiciones de un tratado pueden ser aplicadas por el órgano jurisdiccional, sin un acto normativo previo que permita dotar de contenido a las obligaciones del acuerdo<sup>410</sup>. A partir de la práctica constitucional, algunos autores han criticado el valor de esta clasificación en el ordenamiento nacional, toda vez que ha sido importada por el Tribunal Constitucional sin regla expresa que lo habilite<sup>411</sup>. Ahora bien, esta distinción no permite afirmar que en el segundo caso pierde fuerza la normatividad de un tratado, este sigue siendo vinculante<sup>412</sup>. En atención a esta clasificación los autores han indicado que los tratados internacionales en materia de inversiones son autoejecutables en el derecho chileno<sup>413</sup>, reconocimiento que también es extensivo a las disposiciones relativas a inversiones extranjeras en los ALC ratificados por Chile.

5. Teniendo a la vista que los tratados en materia de inversión constituyen una fuente de derecho en el ordenamiento interno, así como sus disposiciones resultan en términos generales autoejecutables, cabe preguntarse acerca de los posibles conflictos normativos que pueden surgir en relación con otros textos jurídicos. A modo ilustrativo, es posible que Chile suscriba un APPI que pugne con algunas disposiciones de la

401 MONTT (2005), p. 50.

402 Si bien la situación de afectación de sus inversiones fue realizada por el Estado, las decisiones de los tribunales ordinarios son también actos del Estado. De esta forma, sigue el temor por la imparcialidad respecto del inversor. PERRONE (2012), pp. 82-83.

403 DIEZ DE VELASCO (2017), p. 164.

404 ALDUNATE (2010), p. 192.

405 ALDUNATE (2010), pp. 192-197.

406 MÜLLER (2015), pp. 506-511 y CORDERO (2009), pp. 25 y 39-40.

407 MONTT (2005), p. 41.

408 ALDUNATE (2010), p. 198.

409 En cualquier caso, la práctica constitucional se ha enfocado en esta discusión principalmente a partir del control de constitucionalidad del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. A modo ilustrativo, consídere Tribunal Constitucional, 24 de junio de 2011, rol 1988-2011 y Tribunal Constitucional, 25 de septiembre de 2013, rol 2523-2013.

410 SHAW (2008), p. 162.

411 En cualquier caso, si esta distinción ha de ser reconocida en el derecho chileno, cierta doctrina considera que quien debe ostentar dicha función es el Presidente de la República y el Congreso Nacional. URRUTIA (2022), pp. 69-71.

412 ALDUNATE (2010), pp. 201-202. Ahora bien, a partir de la práctica constitucional chilena, es posible reconocer que la regla general es la autoejecutabilidad de los tratados internacionales. FUENTES y PÉREZ (2018), p. 140.

413 MONTT (2005), pp. 28-36 y 41-47.



ley 20.848, por ejemplo, en cuanto a la definición de inversor que entrega. Frente a esta cuestión, es necesario revisar si los criterios clásicos de solución de conflictos normativos entregan una respuesta a esta interrogante, a saber: los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad<sup>414</sup>.

a) El principio de jerarquía no parece apropiado para resolver el conflicto, en tanto carece de un sustento positivo en el cual pudiera fundarse. Por otro lado, el principio de jerarquía dice más bien relación con la preeminencia de la Constitución por sobre las demás fuentes<sup>415</sup>.

b) El principio de temporalidad tampoco es apto para dar una solución a este conflicto, toda vez que un tratado puede derogar disposiciones legales, pero no en el sentido inverso<sup>416</sup>.

c) Por último, el criterio de especialidad tampoco contiene los elementos necesarios para dirimir la cuestión, pero por la siguiente razón: los principios clásicos giran en torno a conflictos normativos entre fuentes de un igual rango, lo que no ocurre entre las leyes y los tratados internacionales<sup>417</sup>.

6. Para resolver el conflicto, el único criterio que permite entregar una respuesta es el principio de competencia<sup>418</sup>. Según este, se realiza una distribución de las materias que deben ser reguladas a través de las distintas fuentes formales en el ordenamiento<sup>419</sup>. De esta forma, la manera de resolver el conflicto entre los diversos preceptos en el sistema jurídico nacional ya no se limita a los criterios clásicos, sino que incluye este principio<sup>420</sup>. Es impropio aspirar a resolver conflictos normativos entre tratados internacionales y fuentes nacionales con los principios clásicos. Lo anterior, toda vez que estos preceptos no comparten un mismo rango normativo, así como los tratados constituyen una fuente autónoma de derecho<sup>421</sup>.

7. Ahora bien, a la luz de los conflictos normativos que importa la ratificación de un tratado internacional que incluye un mecanismo de resolución de controversias, vale hacer presente que el arbitraje de inversiones no es la única hipótesis en que se abstraen conflictos jurídicos de la judicatura nacional ni tampoco representa un caso aislado de diálogo entre la jurisdicción nacional y supranacional<sup>422</sup>. En este sentido, es interesante el examen del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de las competencias conferidas a la Corte Penal Internacional a partir de la suscripción y ratificación de Chile del Estatuto de Roma<sup>423</sup>. En su sentencia, la magistratura constitucional estableció que para se pudiese reconocer jurisdicción a un tribunal supranacional, era necesario modificar el texto constitucional<sup>424</sup>, lo que se materializó por medio de la promulgación de la ley 20.352 y la incorporación de la disposición transitoria vigesimocuarta en la Constitución.

Frente a lo anterior, cabe preguntarse ¿por qué el Tribunal Constitucional no ha establecido la misma exigencia para los tratados internacionales que incorporan el arbitraje de inversiones? Lo anterior, toda vez que estos también importan el ejercicio jurisdiccional de un órgano supranacional. A partir del examen de dicha sentencia, parece ser que la respuesta viene dada en su considerando quincuagésimo, toda vez que el juez constitucional deja entrever que los conflictos sobre derechos disponibles pueden ser prorrogados entre tribunales nacionales e internacionales, cuestión que ocurriría con los derechos y obligaciones que surgen de un tratado de inversiones<sup>425</sup>.

8. Finalmente, si la respuesta a los conflictos normativos viene dada por la aplicación del principio de competencia, surgen nuevas interrogantes en relación con sus efectos frente a la ratificación de nuevos tratados internacionales. ¿Es posible que un tratado internacional derogue, por ejemplo, una parte del COT? A la luz de lo anteriormente expuesto esto es posible: un acuerdo internacional puede derogar una ley, sea ordinaria u orgánica constitucional. Ahora bien, lo relevante es tener en consideración que este efecto no es general, sino que dicha derogación operaría respecto solo de ciertos casos y situaciones previstos por el propio tratado. Por último, el requisito para esta hipótesis viene dado por que se cumpla lo previsto por la Carta Fundamental y el tratado sea aprobado con el quórum que corresponda conforme al artículo 66 (art. 54, N°1, i. I, CPR).

### c) Desafíos para el poder constituyente derivado.

414 CORDERO (2009), p. 24.

415 ALDUNATE (2010), pp. 205-208 y CORDERO (2009), p. 34.

416 La Constitución establece que las disposiciones de un tratado solo podrán ser alteradas, derogadas o suspendidas en la forma prevista por el propio tratado, o bien, según las normas generales del derecho internacional (art. 54, N°1, i. V, CPR).

417 CORDERO (2009), pp. 39-40.

418 BASCUÑÁN (1998), pp. 33-36.

419 BASCUÑÁN (1998), pp. 33-36.

420 CORDERO (2009), pp. 35-36.

421 CORDERO (2009), p. 46.

422 Un caso ilustrativo de este tipo de diálogos es con la Corte Interamericana de Derechos y su examen del régimen constitucional chileno. NÚÑEZ (2015), pp. 582-583.

423 VARGAS (2017), pp. 626-628.

424 Tribunal Constitucional, 8 de abril de 202, rol 346-2002.

425 SCHÄFER (2021), pp. 264-265.

1. A partir de la aprobación de la ley 21.200, que modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República, se establecieron las bases para un nuevo proceso constituyente en Chile. Tradicionalmente se entendió que el poder constituyente no conocía de limitaciones, conceptualizándose como el poder soberano que no se encuentra vinculado a ningún instrumento jurídico previo, pudiendo fijar de manera libre la idea de derecho que se considere adecuada en la constitución<sup>426</sup>. Con todo, a partir de la evolución de esta noción se ha reconocido que el derecho internacional puede imponer ciertos límites a este poder soberano del Estado<sup>427</sup>. Se ha dicho que el poder constituyente solo puede reformar los preceptos constitucionales internos, sin alterar las reglas jurídicas de derecho internacional, ni las obligaciones internacionales que haya contraído el Estado. Respecto de esto último, vale destacar el *ius cogens* y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile<sup>428</sup>.

2. Ahora bien, sin perjuicio del escaso éxito de los ensayos constitucionales de comienzos de esta década<sup>429</sup>, existen ciertas reglas de coordinación entre las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Chile y futuras reformas a su Constitución Política que deben ser observadas en cualquier ejercicio futuro del poder constituyente derivado. En atención a lo anterior, en un futuro proceso constituyente, el texto de una nueva constitución deberá respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 135, i. IV, CPR). La anterior disposición constitucional ha suscitado cierta discusión en torno a su interpretación<sup>430</sup>. En relación con la interpretación del texto constitucional, las reglas son distintas que de tratarse de un texto jurídico ordinario. Así, es necesario establecer el estándar admisible de una interpretación constitucional, el que viene dado por la plausibilidad, en otro orden de ideas, la interpretación del texto constitucional será admisible en cuanto cumpla un estándar de plausibilidad<sup>431</sup>. En esta tarea interpretativa es menester tener en consideración que la Constitución no es un texto jurídico ordinario, sino que es preciso entenderlo como un texto normativo con un carácter eminentemente político e histórico. En este mismo sentido, hay que considerar la evolución del proceso político en la hermenéutica constitucional, así como mantener una coherencia jurídica e histórica del mismo<sup>432</sup>.

3. Una primera interpretación podría afirmar que la anterior limitación dice relación exclusivamente con los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos. Lo anterior, haciendo un símil con la disposición constitucional que establece que el límite al ejercicio de la soberanía viene dado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la propia Carta Fundamental y los tratados internacionales (art. Quinto, i. II, CPR). Aunque esta interpretación puede ser considerada plausible, adolece de algunos defectos; lo anterior, toda vez que el intérprete realiza una distinción que omite el texto constitucional. Asimismo, es preciso reconsiderar la figura de las obligaciones internacionales válidamente contraídas por Chile y la aplicación del artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena, suscrita por Chile en 1969 y en vigencia desde 1981.

4. Una segunda interpretación permite identificar que la limitación del artículo 135 no distingue entre los tratados internacionales vigentes. Al menos no en cuanto a si versan sobre derechos que emanan de la naturaleza humana o no. En este sentido, vale recordar que el Estado de Chile al suscribir y ratificar un tratado internacional no solo lo incorpora como fuente en su ordenamiento jurídico, sino que este contrae una obligación internacional. Esta obligación, en virtud del *ius tractatum*, vincula al Estado en su totalidad, incluyendo a sus distintos poderes, órganos y servicios<sup>433</sup>.

En este mismo sentido, el tratado internacional vincula a Chile, como sujeto de derecho internacional, con el resto de la comunidad internacional. No parece plausible afirmar que el Estado de Chile puede incumplir sus obligaciones internacionales, so pretexto de una interpretación del texto constitucional y las limitaciones que el mismo impone en un proceso constituyente. En este sentido, es ineludible la aplicación del artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena<sup>434</sup>. Dicho artículo establece que un Estado parte no podrá invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional.

5. La entrada o salida del sistema de arbitraje de inversiones no viene dada por la Constitución, ni por los preceptos internos, sino por las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Una nueva Constitución puede innovar o modificar los mecanismos jurídicos y políticos para ratificar o derogar un tratado internacional. A nivel interno pueden existir un sinnúmero de cambios, pero es imprescindible tener a la vista que existe una responsabilidad internacional del Estado, respecto de los inversionistas extranjeros nacionales de los Estados

426 NOGUEIRA (2009), pp. 230-237.

427 NOGUEIRA (2009), pp. 230-237.

428 NOGUEIRA (2009), pp. 251-254.

429 GARCÍA-HUIDOBRO (2024), pp. 170-174.

430 KORZILIUS (2022), pp. 620-622.

431 ALDUNATE (2002), pp. 261-262.

432 ALDUNATE (2002), pp. 267-270 y 271-273.

433 ALDUNATE (2010), pp. 194-195.

434 SHAW (2008), p. 134.

con que Chile ha firmado los acuerdos. En esta materia, corre el viejo adagio: en derecho las cosas se deshacen como se hacen, por lo tanto, siguiendo las reglas del derecho internacional. Finalmente, esta situación no hace sino recordar los límites al poder soberano de un Estado, en especial, en atención al poder constituyente<sup>435</sup>.

### 3. COMENTARIOS FINALES.

A partir del análisis desarrollado, se entiende que el arbitraje de inversiones aparece como un mecanismo de resolución de controversias con una fisionomía propia. Lo anterior, en atención al derecho aplicable (ora procedimental, ora de fondo), a la formación del consentimiento, a la noción de inversión, a las partes en el conflicto y a los tribunales arbitrales que fallan los asuntos. Estos procedimientos cuentan con unas características específicas y con unos efectos obligatorios especiales propios en relación con sus laudos.

Ahora bien, es menester tener en consideración que este arbitraje surge a partir de los tratados internacionales en materia de inversiones suscritos y ratificados por Chile con otros Estados soberanos. Esto implica más de un desafío, sobre todo, en atención al rango normativo que importan dichos instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Asimismo, cobra relevancia que una reforma constitucional no podrá alterar, por sí misma, la participación de Chile en este sistema. Lo anterior, toda vez que la ratificación de dichos tratados importa una obligación y responsabilidad internacional del Estado de Chile respecto de los inversores extranjeros y del Estado del que son nacionales.

## CONCLUSIONES

1. La idea de justificación de un precepto jurídico a partir de la voluntad del destinatario, ha sido fundamental para sustentar satisfactoriamente la legitimación del poder político. El ordenamiento jurídico nacional se ha orientado de manera en que la estatalidad del derecho ha sido una de sus principales premisas. Frente a esta visión clásica del sistema de fuentes y al monopolio estatal de la creación normativa, la irrupción de nuevos factores ha mutado dicho paradigma. Esta situación no es fruto del azar, toda vez que se enmarca en la globalización y en la liberalización de la economía mundial.

2. Los Estados han tomado un rol activo en este proceso, el que no es solo económico, sino también político. De esta forma, se ha pretendido lograr una mayor circulación de bienes y capitales entre los distintos sujetos que concurren en el escenario internacional. Los Estados que han adoptado esta visión han implementado ciertas políticas desregulatorias en su legislación, con el objeto de competir con otros países para posicionarse como un polo atractivo para la inversión extranjera.

3. Es posible afirmar que el Estado, en cierta medida, se ha visto desplazado de su rol protagónico en la determinación de los lineamientos generales de la producción normativa. En este sentido, se reconoce que las organizaciones económicas transnacionales han delimitado los principios y las reglas jurídicas para el derecho nacional de los Estados. Asimismo, el tráfico comercial ha importado el surgimiento de un derecho reflexivo, en virtud del cual las fuentes normativas no surgen exclusivamente de la legislación, sino del contacto del derecho con otras esferas sociales, en este caso, con la economía mundial.

4. Chile ha suscrito y ratificado decenas de tratados internacionales en materia económica y, en especial, de inversiones. Estos tienen por objeto promover y dar protección a las inversiones de extranjeros en suelo nacional. Dichos instrumentos internacionales no solo reconocen una serie de derechos para los inversionistas foráneos y de obligaciones para el Estado, sino que también incorporan un mecanismo efectivo para la tutela de estos: el arbitraje internacional de inversiones.

5. La jurisdicción es conceptualizada como la función que tiene por objeto el agotamiento del componente jurídico en un conflicto. La Constitución Política de la República no toma partido por la naturaleza de los órganos llamados a cumplir dicha función y solo se limita a indicar que esta debe llevarse a cabo por los tribunales establecidos por la ley. El arbitraje internacional de inversiones no viene establecido por la ley, sino por los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. Si bien es posible afirmar que no son tribunales de conformidad a la ley chilena, lo cierto es que este es un mecanismo en virtud del cual se cumple con la función jurisdiccional: los paneles arbitrales internacionales conocen de unos conflictos (amparados por el consentimiento prestado en virtud de los acuerdos internacionales), siguen un procedimiento específico y fallan. Asimismo, sus laudos tienen unos efectos obligatorios específicos respecto de aquellos sujetos que concurren a él.

6. Malamente podría afirmarse que el arbitraje internacional de inversiones importa una novedad. La historia del derecho indica todo lo contrario. En el medioevo europeo ya existía una suerte de tribunales especiales, amparados por el poder político, que tenían por objeto cumplir con la función jurisdiccional en un ámbito especial, que era el comercio. Es posible afirmar que hoy se ha revitalizado dicha visión y que este mecanismo de resolución de controversias ha sido la respuesta institucional a unos especiales conflictos que tienen lugar en el concierto internacional actual, lo anterior, en atención a la globalización y al aumento de los vínculos comerciales y económicos entre los Estados y distintos sujetos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN, Carlos (2019): “El juramento en el proceso de arbitraje interno en Chile: reflexiones sobre la entidad de este requisito formal, analizado desde sus fuentes históricas directas”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N°1: pp. 481-518, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100481>.
- ALDUNATE, Eduardo (1995): “La independencia judicial. Aproximación teórica. Consagración constitucional y crítica”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°16: pp. 11-26, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/295>.
- ALDUNATE, Eduardo (2001): “La constitución monárquica del poder judicial”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°22: pp. 193-207, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/477>.
- ALDUNATE, Eduardo (2002): “Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional”, en: *Revista de Derecho Universidad de Piura*, Vol. 3: pp. 259-273.
- ALDUNATE, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N°2: pp. 185-210, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>.
- ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo (2013). *Estudios sobre el Sistema de Fuentes en el Derecho Chileno* (Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters).
- ALDUNATE, Eduardo (2021): “Poder Judicial”, en: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coordinación), *Tránsito Constitucional: Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 561-584.
- ÁLVAREZ, Gabriela (2009): “El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Vol. 42, N°125: pp. 667-704.
- ANSALDI, Octavio y PARDO, María (2020): “What Constitution? On Chile’s constitutional awakening”, en: *Law and Critique*, Vol. 31, N°1: pp. 7-39, <https://doi.org/10.1007/s10978-020-09260-0>.
- ARÉVALO, Paula (2008): “Los desafíos del derecho frente a la globalización”, en: *Via Iuris*, N°4: pp.75-91.
- ATRIA, Fernando (2004): “Jurisdicción e independencia judicial: El Poder Judicial como poder nulo”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°5: 119-141, <https://doi.org/10.5354/rej.v0i5.15049>.
- ATRIA, Fernando (2007): “La improbabilidad de la jurisdicción”, en: Atria, Fernando y Couso, Javier (editores), *La judicatura como organización* (Santiago, Expansiva – IEJ), pp. 33-55.
- ATRIA, Fernando (2004): “La ironía del positivismo jurídico”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27: pp. 81-139, <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.05>.
- AYLWIN, Patricio (2014): *El juicio arbitral* (Santiago, LexisNexis, 6ª edición).
- BASCUÑÁN, Antonio (1998): “El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial: pp. 33-44.
- BATIONO, Didier (2023): “Comment les arbitres d’eterminent-ils le droit applicable au fond en arbitrage d’investissement?”, en: Cordero-Moss, Giuditta y Fernández Arroyo, Diego P. (editores), *Applicable Law Issues in International Arbitration. Questions de droit applicable dans l’arbitrage international* (Leiden y Boston, Brill), pp. 115-142.
- BENAVIDES, María Angélica (2021): “El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión”, en: *Revista de Derecho Público*, N°94: pp. 1-16, <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.64239>.
- BERMÚDEZ, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2ª edición).
- BERMÚDEZ, Jorge y GUERRERO, José Luis (2016): “Régimen de inversión extranjera directa en energía en Chile. Aspectos económicos y ambientales”, en: Esplugues, Carlos (editor), *Inversiones extranjeras en el sector energético en Latinoamérica* (México D.F., Tirant Lo Blanch), pp. 213-247.
- BREWER-CARÍAS, Allan (2011:) “Los aportes de la Revolución Francesa al Constitucionalismo Moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, en: *Ars Boni et Aequi*, Vol. 7, N°2: pp. 111-142.
- BIEBRICHER, Thomas (2016): “Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment”, en *German Law Journal*, Vol. 17, N°5: pp. 835-856, <https://doi.org/10.1017/S2071832200021489>.

- BIGGS, Gonzalo (2003): “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, en: *Revista de la CEPAL*, N°80: pp. 101-119.
- BIGGS, Gonzalo (2004): “The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U.S. Free Trade Agreement”, en: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, N°1: pp. 61-86, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/19.1.61>.
- BIGGS, Gonzalo (2007): “La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional”, en: Picand, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 489-522.
- BJORKLUND, Andrea K. (2009): “The Emerging Civilization of Investment Arbitration”, en: *Dickinson Law Review*, Vol. 113, N°4, pp. 1269-1300, <https://ideas.dickinsonlaw.psu.edu/dlra/vol113/iss4/14>.
- BJORKLUND, Andrea K., BEHN, Daniel, FRANCK, Susan D., GIORGETTI, Chiara, KIDANE, Won, DE NANTEUIL, Arnaud y ONYEMA, Emilia (2020): “The Diversity in International Investment Arbitration”, en: *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, N°2-3, pp. 410-440, <https://doi.org/10.1163/22119000-12340177>.
- BLALOCK, Corinne (2014): “Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory”, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 77, N°4: pp. 71-104.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1991): *State, Society and Liberty* (Worcester, Berg Publishers Limited).
- BODIN, Jean (1967): *Six Books of the Commonwealth* (Oxford, Alden Press).
- BONNITCHA, Jonathan y WILLIAMS, Zoe Phillips (2024): “The impact of investment treaties on domestic governance in developing countries”, en: *Law & Policy*, Vol. 46, N°2: pp. 140-169, <https://doi.org/10.1111/lapo.12234>.
- BORDALÍ, Andrés (2008): “La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°30: pp. 185-219, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000100004>.
- BORDALÍ, Andrés (2009): “Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N°2: pp. 215-244, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000200002>.
- BORDALÍ, Andrés (2013): “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N°2: pp. 609-634, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200010>.
- BORDALÍ, Andrés (2015): “El poder judicial”, en: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian (editores), *La Constitución chilena: Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago, LOM Ediciones), pp. 233-252.
- BORDALÍ, Andrés (2016): *Derecho jurisdiccional* (Valdivia, Ediciones Universidad Austral de Chile).
- BROWER, Charles y SCHILL, Stephan (2009): “Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?”, en: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, N°2: pp. 471-498, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol9/iss2/5>.
- BUNGENBERG, Marc y REINISCH, August (2018): *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court* (Berlin, Springer International Publishing).
- CALLIESS, Galf-Peter (2001): “Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to An Autonomous Legal System”, en *German Law Journal*, Vol. 2, N°17: pp. 1-5, <https://doi.org/10.1017/S2071832200004120>.
- CAMPUSANO, Raúl y BOLADO, Álvaro (2015): “Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI”, en: *Actualidad Jurídica*, N°32: pp. 245-279.
- CAPELLA, Juan Ramón (2008): *Fruta prohibida* (Barcelona, Editorial Trotta, 5ª edición).
- CÁRDENAS, Jaime (2015): “Las características jurídicas del neoliberalismo”, en: *Cuestiones Constitucionales*, N°32: pp. 3-44, <https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.001>.
- CASSESE, Sabino (2021): *Global Administrative Law* (Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing).
- CASSESE, Sabino (2014): *Derecho Administrativo: Historia y Futuro* (Sevilla, Global Law Press).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil* (Madrid, Editorial Reus).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2023): *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2023* (Santiago, Publicación de las Naciones Unidas).

- COLOMBO, Juan (1968): “La jurisdicción en el Derecho Chileno”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Vol. 8, N°8, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351>.
- CONTRERAS, Rodrigo (2015): “Acuerdos internacionales de inversión y países en desarrollo”, en: Núñez, Manuel (editor), *La Internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Santiago, Legal Publishing), pp. 43-62.
- CORDERO, Eduardo (2009): “Los principios y reglas que estructura el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 15, N°2 : pp. 11-49, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200002>.
- CORDERO-MOSS, Giuditta y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (2023): “Introduction générale”, en: Corde-ro-Moss, Giuditta y Fernández Arroyo, Diego P. (editores), *Applicable Law Issues in International Arbitration. Questions de droit applicable dans l'arbitrage international* (Leiden y Boston, Brill), pp. 25-50.
- DARNACULLETA, M. Mercè (2016): “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?”, en: *Revista de Administración Pública*, N°199: pp. 11-50, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01>.
- DE NANTEUIL, Arnaud (2023): “Umbrella Clauses and the Rule of Law” en: Reinisch, August y Schill, Stephan (editores), *Investment Protection Standards and the Rule of Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 173-192.
- DE PÁRAMO, Juan Ramón: “La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VII: pp. 559-565.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2005): “Beyond neoliberal governance: the World Social Forum as subaltern cosmopolitan politics and legality”, en: De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez-Garavito, César (editores), *Law and Globalization from Below* (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 29-63, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494093.002>.
- DEL PRADO, Josefina (2000): “Las Naciones Unidas y su democratización”, en: *Agenda Internacional*, Vol. 7, N°15: pp. 61-72, <https://doi.org/10.18800/agenda.200002.003>.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2017): *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid, Editorial Tecnos, 16ª edición,).
- DIPPEL, Horst (2005): “Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita”, en: *Historia Constitucional* N°6: pp. 181-199, <https://doi.org/10.17811/hc.v0i6.69>.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph (2008): *Principles of International Investment Law* (New York, Oxford University Press).
- DOMINGO, Rafael (2008): ¿Qué es el Derecho Global? (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).
- DU, Ming (2016): “The Regulation of Chinese State – Owned Enterprises in National Foreign Investment Laws: A Comparative Analysis”, en: *Global Journal of Comparative Law*, Vol. 5, N°1: pp. 118-145, <https://doi.org/10.1163/2211906X-00501006>.
- DUCCI, Carlos (2005): *Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición).
- DUMBERRY, Patrick (2016): *The Formation and Identification of Rules of Customary Law in International Investment Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Editorial Ariel , 2ª edición).
- ECHAIDE, Javier (2017): “Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°17: pp. 369-403, <http://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11040>.
- ENDARA, Francisco (2011): “Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N°1: pp. 101-117, <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V2N1-art40>.
- FELDMAN, Mark (2016): “State – Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration”, en: *ICSID Review – Foreign Investment law Journal*, Vol. 31, N°1: pp. 24-35, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siv052>.
- FERNÁNDEZ, Enrique (2005): *Una relación compleja: Competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones* (San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal).
- FERNÁNDEZ, Enrique (2013): “Arbitraje inversor-Estado: De ‘bella durmiente’ a ‘león en la jungla’”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°26: pp. 1-27.
- FERNÁNDEZ, José Carlos (2009): “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o

- matrimonio de conveniencia?”, en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. 24: pp. 13-37.
- FERNÁNDEZ, José Carlos (2006): “El arbitraje internacional y sus dualidades”, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, N°15: pp. 1-24.
- FERNÁNDEZ, Carlos y GAMARRA, Yolanda (coordinadores) (2015): *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo Estudios conmemorativos del Centenario de la Primera Guerra Mundial* (Zaragoza, Institución Fernando el Católico).
- FERRER, Maria Teresa (1999): “El Consolat de Mar i els Consolats d’Ultramar, Instruments i manifestació de l’expansió del comerç català” en: Ferrer, María Teresa y Coulon, Damien (coordinadores), *L’Expansió Catalana a la Mediterrània a la Baixa Edat Mitjana* (Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC), pp. 53-79.
- FRANCA, Marcílio (2006): “Historia y razón del paradigma westfaliano”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N°131: pp. 87-111.
- FUENTES, Ximena y PÉREZ, Diego (2018): “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 25, N°2: pp. 119-156, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000200119>.
- GARCÍA, Antonio (2002): *El ordenamiento constitucional: Un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución de las fuentes del derecho* (Alicante, Editorial Club Universitario).
- GARCÍA-BOLIVAR, Omar (2015): “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma”, en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, N°5: pp. 137-164, <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137>.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio (2024): “Elite non-cooperation in polarized democracies: Constitution-making deferral, the entry referendum and the seeds of the Chilean failure”, en: *Global Constitutionalism*, Vol. 13, N°1: pp. 168-181, <https://doi.org/10.1017/S2045381723000321>.
- GARFE, Farouk (1982): “Algunos aspectos de la protección diplomática”, en: *Revista de (Valparaíso)*, N°6: pp. 485-515, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/97>.
- GIORGETTI, Chiara (2013): “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?”, en: *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, N°2: pp. 431-486, <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss2/>.
- GRABOWSKI, Alex (2014): “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, en: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, N°2: pp. 287-309, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>.
- GRANATO, Leonardo y ODDONE, Carlos (2007): “La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño*, Vol. 8, N°2, pp. 43-66, <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rtend/article/view/639>.
- GUERRERO, José Luis: “Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Chile”, en: Esplugues, Carlos (editor), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (Valencia Tirant Lo Blanch), pp. 247-271.
- GUZMÁN, Alejandro (2013): *Derecho Privado Romano*, Tomo I (Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters).
- HALFMANN, Jost (2008): “Nationalstaat und Recht der Weltgesellschaft”, en: *Rechtstheorie*, Vol. 39, N°2-3: pp. 279-300, <http://doi.org/10.3790/rth.39.2-3.279>.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, Jon (2005): *The Federalist* (Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company).
- HANKINGS-EVANS, Anna (2024): “International Investment Law”, en: González Hauck, Sué, Kunz, Rafaela, y Milas, Max (editores), *Public International Law. A Multi-Perspective Approach* (Londres y Nueva York, Routledge), pp. 650-663.
- HARVEY, David (2005): *A Brief History of Neoliberalism* (Oxford, Oxford University Press).
- HART, Herbert L. A. (1963): *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- HELLBECK, Eckhard (2024): “Government Measures and Investment Treaty-Based Claims” en: Shapiro, Steven G., Lalani, Shaheez y Heath, Derek (editores), *Hospitality & Construction Disputes Post-Covid* (Leiden, Brill), pp. 102-120.
- HENNEBEL, Ludovic (2012): “Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme” en: Bories, Clémentine (directora), *Un droit administratif global? Cahiers Internationaux*



- N°28 (Paris, Editions Pedone), pp. 70-81.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (2016): “El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brans Sàrl y otros vs. Uruguay”, en: *Revista de Derecho Público*, Año 25, N°50: pp. 147-165, <https://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/35>.
- HOBBS, Thomas (1999): *Leviatán* (México D.F, Publicaciones Cruz O.S.A.).
- HUESBE, Marco (1995): “La jurisdicción como atributo de la soberanía. El derecho de apelación en última instancia o ‘jus in extrema provocatione’ y la concesión de la gracia en el Estado moderno”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N°17: pp. 337-358, <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/230>.
- HUNEEUS, Carlos (2007): *The Pinochet Regime* (Londres, Lynne Rienner Publishers).
- KELSEN, Hans (1960): *La teoría pura del derecho* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4ª edición).
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B (2005): “The emergence of global administrative law”, en: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, N°3-4: pp. 15-61, <http://www.jstor.org/stable/27592106>.
- KISSINGER, Henry (2016): *Orden Mundial* (Barcelona, Penguin Random House).
- KORZILIUS, Sven (2022): “Constitutio posterior non derogat pactis prioribus? Chiles völkerrechtliche Verträge im Kontext der Verfassungsablösung”, en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 82: pp. 605-640, <https://doi.org/10.17104/0044-2348-2022-3-605>.
- KRASNER, Stephen (1995-1996): “Compromising Westphalia”, en: *International Security*, Vol. 20, N°3: pp. 115-151, <https://doi.org/10.2307/2539141>.
- KRASNER, Stephen (1999): *Sovereignty: organized hypocrisy* (Nueva Jersey, Princeton University Press).
- KREBS, Ricardo (1979): *La monarquía absoluta en Europa. El desarrollo del Estado moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII* (Santiago, Editorial Universitaria).
- KULICK, Andreas (2015): “Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy”, en: *Cambridge International Law Journal*, Vol. 4, N°2: pp. 441-460, <https://doi.org/10.4337/cilj.2015.02.13>.
- LARRAÍN, Felipe y VERGARA, Rodrigo (editores) (2001): *La transformación económica de Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2ª edición).
- LARROUCAU, Jorge (2020): *Judicatura* (Santiago, DER Ediciones).
- LEBDIOUI, Amir (2019): “Chile’s Export Diversification since 1960: A Free Market *Miracle* or *Mirage*”, en: *Development and Change*, Vol. 50, N°6: pp. 1624-1663, <https://doi.org/10.1111/dech.12545>.
- LIM, Chin Leng, HO, Jean y PAPARINSKIS, Martins (2018): *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards, and other Materials* (Cambridge, Cambridge University Press).
- LINARELLI, John, SALOMON, Margot E. y SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2018): *The Misery of International Law, Confrontations with Injustice in the Global Economy* (Oxford, Oxford University Press).
- LOPEANDÍA, Felipe (2001): *Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile* (Santiago, CEPAL).
- LOWENFELD, Andreas (2009): “The ICSID Convention: Origins and Transformation”, en: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, N°1: pp. 47-62.
- LUHMANN, Niklas (2008): *Law as a Social System* (Oxford, Oxford University Press).
- KAU, Marcel (2024): “Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte”, en: Proelß, Alexander (editor), *Völkerrecht* (Berlin y Boston, De Gruyter), pp. 199-386.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y POTESTÀ, Michele (2020): “Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook,” en: Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Potestà, Michele (editores), *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: Investor-State Dispute Settlement and National Courts* (Cham, Springer), pp. 7-30.
- KREUTER-KIRCHOF, Charlotte (2024): “Wirtschaft und Kultur”, en: Proelß, Alexander (editor), *Völkerrecht* (Berlin y Boston, De Gruyter), pp. 699-822.
- KRIEBAUM, Ursula (2023): “International Investment Law”, en: McInerney-Lankford, Siobhán y Mc-

- Corquodale, Robert (editores), *The Roles of International Law in Development* (Oxford., Oxford University Press), pp. 305-338.
- MACCORMICK, Neil (2011): *Instituciones del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- MAHU, Pablo y ROJAS, Maximiliano (2016): *Arbitraje de inversiones. Los casos chilenos ante el CIADI (2003 – 2015)* (Santiago, Editorial Jurídica AREMI).
- MANCILLA, Nathaly (2019): “Del sistema-mundo a la sociedad mundial: La necesidad de una reconstrucción histórica”, en: *Estudios Públicos*, N°156: pp. 107-141.
- MARTÍNEZ, Faustino (2010): “Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval”, en: *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol. Extraordinario: pp. 303-356
- MARONGIU, Antonio (1953): “Un momento típico de la Monarquía medieval: el Rey juez”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, N°23: pp. 677-716.
- MARTÍNEZ, Patricio (2012): “El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°1: pp. 113-147, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>.
- MASCAREÑO, Aldo y MEREMINSKAYA, Elina (2005): “La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno”, en: Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago, LexisNexis), pp. 1391-1428.
- MAYOS, Gonçal (2007): *La Ilustración* (Barcelona, Editorial UOC).
- MCLAUGHLIN, Mark (2020a): “Defining a State – Owned Enterprise in International Investment Agreements”, en: *ICSID Review – Foreign Investment law Journal*, Vol. 34, N°3: pp. 595-625, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz011>.
- MCLAUGHLIN, Mark (2020b): “State – Owned Enterprises and Threats to National Security Under Investment Treaties”, en: *Chinese Journal of International Law*, Vol. 19, N°2: pp. 283-327, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmaa014>.
- MEDINA-CASAS, Héctor (2009): “Las partes en el arbitraje CIADI”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 7, N°15: pp. 215-242, <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internacional/article/view/13857>.
- MEREMINSKAYA, Elina (2006): “Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía”, en: Vargas, J.E. y Gorrión F.J. (coordinadores), *Arbitraje y Mediación en las Américas* (México D.F., Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Universidad Autónoma de Nuevo León), pp. 97-113.
- MEREMINSKAYA, Elina (2009): “La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, N°11: pp. 13-59.
- MEREMINSKAYA, Elina (2010a): “Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Una mirada jurisprudencial”, en: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N°2: pp. 261-285.
- MEREMINSKAYA, Elina (2010b): “Demandas contractuales ante los tribunales internacionales a la luz de los APPIS suscritos por Chile”, en: *Sociedad Chilena de Derecho Internacional (Estudios)*, pp. 37-64.
- MERRYMAN, John Henry (1980): *La tradición jurídica romano-canónica* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- MICHAELS, Ralf (2007): “The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State”, en: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, N°2: pp. 447-468, <http://dx.doi.org/10.1353/gls.0.0001>.
- MIRALLES DE IMPERIAL, Júlía (2017): “El Consolat de Mar, una institución iusprivativista en el mediterráneo medieval”, en: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N°18: pp. 54-70.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat (2002): “The Spirit of Laws”, en Geuss, Raymond y Skinner, Quentin (editors), *Cambridge Texts in the History of Political Thought* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MONTT, Santiago (2005): “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N°1: pp. 19-78, <http://www.jstor.org/stable/41614045>.
- MONTT, Santiago (2009): *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation* (Oxford y Portland, Hart Publishing).

- MÜLLER, Karl (2015): "Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 44, N°1: pp 493-529, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1024>.
- NAVARRO, Enrique (1991): "La teoría general de la división de poderes en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°14: pp. 201-238, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/252>.
- NOGUEIRA, Humberto (2009): "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1: pp. 229-263, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>.
- NÚÑEZ, Manuel (2015): "La Constitución en la mira. Observaciones de los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos y revisión de la Constitución", en: Núñez, Manuel (editor), *La Internacionalización del Derecho Público. Actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Santiago, Legal Publishing), pp. 571-586.
- ORELLANA, Fernando (2009): *Manual de Derecho Procesal Derecho Procesal Orgánico Tomo I* (Santiago, Librotencia, 4ª edición).
- ORREGO, Francisco (2003): "Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society", en: *International Law FORUM du droit international*, Vol. 5, N°3: pp. 188-197, <https://doi.org/10.1163/138890303322398387>.
- ORREGO, Francisco (2004): *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ORTEGA, Elisa (2016): "Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 16: pp. 3-45, <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.520>.
- PARK, William W. (2012): *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice* (Oxford, Oxford University Press, 2ª edición).
- PASCUAL-VIVES, Francisco (2019): *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión* (Pamplona, Thomson Reuters Arazandi).
- PASTOR, José (2013): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid, Tecnos, 17ª edición).
- PEREIRA DE ANDRADE, Priscila y MONEBHURRUN, Nitish (2021): "Mapping Investors' Environmental Commitments and Obligations", en: Ho, Jean y Sattorova, Mavluda (editores), *Investors' International Law* (Oxford y Nueva York, Hart), pp. 263-290.
- PÉREZ, Yaritza (2015): "Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana", en: Odriozola, Carlos (coordinador), *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado* (México D.F., Instituto de la Judicatura Federal), pp. 147-172.
- PERRONE, Nicolás (2012): "Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?", en: *Foro*, N°17: pp. 63-88, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/407>.
- PETERSON, Luke Eric (2009): *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement* (Montréal, Droits et Démocratie).
- PETSCHKE, Markus A (2019): "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches", en: *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 18, N°2: pp. 391-428.
- PICAND, Eduardo (2005): *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RADOVIĆ, Relja (2021): *Beyond Consent: Revisiting Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration* (Leiden y Boston, Brill).
- RAPJUT, Aniruddha (2021): "Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment" en: Krieger, Heike, Peters, Anne y Kreuzer, Leonhard (editores), *Due Diligence in the International Legal Order* (Oxford, Oxford University Press), pp. 273-287.
- REY, Pablo (2007): "El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización", en: *Revista de Derecho Privado*, N°38: pp. 3-23, <http://hdl.handle.net/1992/47432>.
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica

- de Chile).
- ROMERO, Alejandro (2021): *El nuevo reglamento procesal de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago)* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- RONCAGLIOLO, Ignacio (2015): “El principio de no intervención: consagración, evolución y problemas en el Derecho Internacional actual”, en: *Revisa Ius et Praxis*, Año 21, N°1: pp. 449-502, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100013>.
- SABINE, George (1998): *Historia de la Teoría Política* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 3ª edición en español).
- SALVADOR, María (2010): “Constitucionalismo moderno”, en: *Historia Constitucional*, N°11: pp. 531-543, <https://doi.org/10.17811/hc.v0i11.283>.
- SCHÄFER, Joaquín (2021): “Una revisión del arbitraje internacional de inversiones a la luz de la organización de la jurisdicción chilena”, en: *Latin American Legal Studies*, Vol. 9: pp. 248-271, <https://doi.org/10.15691/0719-9112Vol9a7>.
- SCHMIDT, Sebastian (2011): “To Order the Minds of Scholars: The Discourse of the Peace of Westphalia in International Relations Literature”, en: *International Studies Quarterly*, Vol. 55 N°3: pp. 601-623, <https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2011.00667.x>.
- SCHMILL, Ulises (2003): “El positivismo jurídico”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 53, N°240, pp. 133-146, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2003.240.61412>.
- SCHNEIDERMAN, David (2016): “The paranoid style of investment lawyers and arbitrators: investment law norm entrepreneurs and their critics” en: Lim, Chin Leng (editor), *Alternative visions of the international law on foreign investment. Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 289-323.
- SCHREUER, Christoph (2023): “When a Violation of Domestic Law Is a Breach of Treaty” en: Donath, Phillip B., Heger, Alexander, Malmus, Moritz y Bayrak, Orhan (editores), *Der Schutz des Individuums durch das Recht* (Berlin, Springer), pp. 717-732.
- SHAW, Malcolm N. (2008): *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 6ª edición).
- SIERRA-CAMARGO, Ximena (2023): “Problematizing the Role of the World Bank in Latin America Mining Reforms”, en: McInerney-Lankford, Siobhán y McCorquodale, Robert (editores), *The Roles of International Law in Development* (Oxford., Oxford University Press), pp. 273-304.
- SOLDANI, Maria y TANZINI, Lorenzo (2016): “Corporaciones y tribunales mercantiles entre Toscana y Cataluña en torno al siglo XIV”, en: *Hispania*, Vol. 76, N°252, pp. 9-36, <https://doi.org/10.3989/hispania.2016.001>.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2010): *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Cambridge University Press, 3ª edición).
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2015): *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Cambridge University Press).
- STOPPIONI, Edoardo (2019): “L'accès direct de la personne privée à la juridiction internationale: Une comparaison entre l'arbitrage d'investissement et le contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme” en: Ruiz Fabri, Hélène (editora), *In International Law and Litigation* (Baden-Baden, Nomos), pp. 147-182.
- ŠTURMA, Pavel (2023): “Application of the Concept of Due Diligence in International Investment Law” en: Donath, Phillip B., Heger, Alexander, Malmus, Moritz y Bayrak, Orhan (editores), *Der Schutz des Individuums durch das Recht* (Berlin, Springer), pp. 757-766.
- SUÑÉ, Natasha (2015): “Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones”, en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, N°5: pp. 191-215, <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.191>.
- TAMBURINI, Francesco (2002): “Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N°24 : pp. 81-101, <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363>.
- TEUBNER, Gunther (2017): “‘Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?’ In Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds), *Transnational Governance and Constitutionalism* (Oxford: Hart, 2004)”, en: Thornhill, Christopher (editor), *Luhmann and Law, Philosophers and Law* (Oxford, Routledge), pp. 473-498.
- TEUBNER, Gunther (2002): “Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria”, en: *Eu-*

- rpean Journal of Social Theory*, Vol. 15, N°2: pp. 171-301, <https://doi.org/10.1177/13684310222225414>.
- TEUBNER, Gunther (1996): "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus," en: *Rechtshistorisches Journal*, N°15: pp. 225-290.
- TEUBNER, Gunther (1983): "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", en: *Law & Society Review*, Vol. 17, N°2: pp. 239-286, <https://doi.org/10.2307/3053348>.
- UGARTE, José Joaquín (1995): "El sistema jurídico de Kelsen: Síntesis y crítica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N°1: pp. 109-118, <https://www.jstor.org/stable/41609335>.
- URRUTIA, Osvaldo (2022): "Control preventivo y cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en los tratados internacionales: el problema con la doctrina del Tribunal Constitucional Chileno", en: *Estudios Constitucionales*, Vol. 20, N°1: pp. 56-80, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000100056>.
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- VAN AAKEN, Anne (2023): "Mission Impossible? International Investment Law Between Property Protection and Climate Action" en: Donath, Phillip B., Heger, Alexander, Malmus, Moritz y Bayrak, Orhan (editores), *Der Schutz des Individuums durch das Recht* (Berlin, Springer), pp. 781-790.
- VAN HARTEN, Gus (2007): *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- VAN HARTEN, Gus y LOUGHLIN, Martin (2006): "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en: *The European Journal of International Law*, Vol. 17, N°1: pp. 121-150, <https://doi.org/10.1093/ejil/chl159>.
- VAN HULLE, Inge (2024): "The Individual in International Law in the Nineteenth Century, 1789-1914" en: Sparks, Tom y Peters, Anne (editores), *The Individual in International Law. History and Theory* (Oxford, Oxford University Press), pp. 101-118.
- VANDEVELDE, Kenneth J. (2016): "The liberal vision of the international law on foreign investment" en: Lim, Chin Leng (editor), *Alternative visions of the international law on foreign investment. Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 43-68.
- VARGAS, Edmundo (2017): *Derecho Internacional Público* (Santiago, El Jurista, 2ª edición).
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2005): "La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española", en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 26, N°2: pp. 533-558, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/607>.
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2011): "Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N°2: pp. 349-370, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200008>.
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2015): "Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N°2: pp. 523-552, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200015>.
- VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo (2014): *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication* (Oxford, Oxford University Press).
- VON BOGDANDY, Armin y DELLAVALLE, Sergio (2013): "The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective", en: *Transnational Legal Theory*, Vol. 4, N°1: pp. 59-82, <http://dx.doi.org/10.5235/20414005.4.1.59>.
- Voss, Jan Ole (2011): *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors* (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers).
- ŽIVKOVIĆ, Velimir (2023): "The Use of Investment Treaty Standards to Enforce Other International Legal Regimes and Domestic Law" en: Reinisch, August y Schill, Stephan (editores), *Investment Protection Standards and the Rule of Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 193-214.

## NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de 1980.

Código de Procedimiento Civil de 1902.

Código Orgánico de Tribunales de 1943.

Código Civil de 1855.

Decreto ley 600 de la República de Chile de 1974, que establece el estatuto de la inversión extranjera.

Decreto ley 2.349 de la República de Chile de 1978, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público.

Ley 10.336 de la República de Chile de 1952, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

Ley 19.971 de la República de Chile de 2004, sobre arbitraje comercial internacional.

Ley 20.780 de la República de Chile de 2014, que establece reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario.

Ley 20.848 de la República de Chile de 2015, que establece marco para la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva.

### *Tratados internacionales citados*

Acuerdo de Cartagena de 1969.

Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

### *Jurisprudencia chilena*

Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, rol 346-2002, en: Base Jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional, 24 de junio de 2011, rol 1988-2011, en: Base Jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional, 25 de septiembre de 2013, rol 2523-2013, en: Base Jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

### *Jurisprudencia internacional*

Arbitraje Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos. Caso CIADI Núm. ARB/00/4, Decisión sobre la jurisdicción, 23 de julio de 2001.

Arbitraje Waste Management, Inc. v Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N°ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004.

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile. Caso CIADI N°ARB/01/5, Laudo, 25 de mayo de 2001.

Arbitraje Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania. Caso CIADI Núm. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008.

Arbitraje William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon Of Delaware, Inc. v. Gobierno de Canadá. Arbitraje según las reglas de la CNUDMI. Corte Permanente de Arbitraje Caso N°2009-04. 17 de marzo de 2015.

Arbitraje Supervisión y Control S.A. v. República de Costa Rica. Caso CIADI N°ARB/12/4, Laudo final, 18 de enero de 2017.

ADP International S.A. and Vinci Airports S.A.S. v. República de Chile. Caso CIADI N°ARB/21/40.

## ANEXO I: ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES.

PAÍS.	NOMBRE.	SUSCRIPCIÓN.	PROMULGACIÓN.	PUBLICACIÓN.	CLÁUSULA ARBITRAXSXL**.	TRIBUNAL ARBITRAL.	NOTAS.
Alemania.	"Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de las inversiones".	Bonn, 14 de abril de 1977.	DS. 522 de 14 de abril de 1999.	DO. 18 de junio de 1999.	Artículo 10.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en alemán y español. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
España.	"Acuerdo con España para la protección y fomento recíproco de las inversiones".	Santiago, 2 de octubre de 1991.	DS. 291 de 14 de marzo de 1994.	DO. 27 de abril de 1994.	Artículo 10.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	-.
Francia.	"Convenio con Francia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones".	París, 14 de julio de 1992.	DS. 1164 de 18 de agosto de 1994.	DO. 5 de diciembre de 1994.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español y francés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
Bélgica y Luxemburgo.	"Acuerdo con la Unión Económica Belgo-luxemburguesa relativo al fomento y protección recíprocos de las inversiones".	Bruselas, 15 de julio de 1992	DS. 864 de 7 de junio de 1999.	DO. 5 de agosto de 1999.	Artículo 9.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, francés y neerlandés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
Malasia.	"Convenio con Malasia sobre la promoción y protección de las inversiones".	Kuala Lumpur, 11 de noviembre de 1992.	DS. 605 de 17 de mayo de 1995.	DO. 4 de agosto de 1995.	Artículo 6.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y malayo. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.

436 El presente ANEXO consta de dos partes. El ANEXO I trata los Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de las Inversiones suscritos y ratificados por Chile; mientras el ANEXO II trata los Acuerdos de Libre Comercio con disposiciones relativas al arbitraje internacional de inversiones suscritos y ratificados por Chile. La consignación de los Tratados Internacionales se hizo siguiendo un orden cronológico, de acuerdo con la fecha de suscripción de estos. Para el desarrollo del presente trabajo se utilizaron las siguientes fuentes: (i) Respuesta a la solicitud de información N°16.318, contenida en la Resolución AC007T0000196 de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, 21 de octubre de 2020; (ii) Subsecretaría de relaciones Económicas Internacionales, 2020, *Acuerdos Comerciales Vigentes y Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>, y (iii) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2020, *Invest Policy Hub Chile*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/44/chile>

\*\* Es menester tener en consideración que las cláusulas arbitrales de los Tratados Internacionales incorporan la facultad de elegir, para el inversionista agraviado, entre recurrir a los tribunales judiciales o administrativos estatales, o bien, al arbitraje internacional. La elección de uno u otro procedimiento es definitiva y excluyente para dirimir la controversia.



Italia.	"Acuerdo con el Gobierno de la República Italiana sobre promoción y protección de las inversiones".	Santiago, 8 de marzo de 1993.	DS. 412 de 5 de abril de 1995.	DO. 23 de junio de 1995.	Artículo 9.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en español e italiano. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
Venezuela.	"Acuerdo con Venezuela sobre promoción y protección recíproca de inversiones".	Santiago, 2 de abril de 1993.	DS. 166 de 11 de febrero de 1994.	DO. 17 de mayo de 1994.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Suecia.	"Convenio con el Reino de Suecia para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Estocolmo, 24 de mayo de 1993.	DS. 1717 de 6 de diciembre de 1995.	DO. 13 de febrero de 1996.	Artículo 7.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y sueco. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Finlandia.	"Convenio con Finlandia para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Helsinki, 27 de mayo de 1993.	DS. 463 de 8 de abril de 1996.	DO. 14 de junio de 1996.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, finés e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Dinamarca.	"Convenio sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones entre el Gobierno de la República de Chile y el Reino de Dinamarca".	Copenhague, 28 de mayo de 1993.	DS. 1345 de 9 de octubre de 1995.	DO. 30 de noviembre de 1995.	Artículo 9.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en danés, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Noruega.	"Convenio con Noruega sobre promoción y protección recíproca de las inversiones".	Oslo, 1 de junio de 1993.	DS. 1119 de 9 de agosto de 1994.	DO. 4 de noviembre de 1994.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y noruego. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Croacia.	"Acuerdo con Croacia sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 28 de noviembre de 1994.	DS. 698 de 23 de mayo de 1996.	DO. 31 de julio de 1996.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en croata español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
República Checa.	"Acuerdo con la República Checa sobre promoción y protección recíproca de las inversiones".	Praga, 24 de abril de 1995.	DS. 1401 de 25 de septiembre de 1996.	DO. 2 de diciembre de 1996.	Artículo 8.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en checo, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Portugal	"Acuerdo con la República Portuguesa sobre la promoción y protección recíproca de inversiones".	Lisboa, 28 de abril de 1995.	DS. 35 de 8 de enero de 1998.	DO. 24 de febrero de 1998.	Artículo 7.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español y portugués. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.

Rumania.	"Acuerdo con Rumania para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Bucarest, 4 de julio de 1995.	DS. 1055 de 9 de septiembre de 1997.	DO. 27 de agosto de 1997.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y rumano. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Polonia.	"Acuerdo con Polonia para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Varsovia, 5 de julio y 28 de noviembre de 1995.	DS. 1323 de 10 de agosto de 2000.	DO. 22 de septiembre de 2000.	Artículo 8.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y polaco. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Paraguay.	"Acuerdo con Paraguay para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Asunción, 7 de agosto de 1995.	DS. 986 27 de junio de 1997.	DO. 16 de septiembre de 1997.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Ucrania.	"Acuerdo con Ucrania sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones".	Santiago, 30 de octubre de 1995.	DS. 987 de 27 de junio de 1997.	DO. 29 de agosto de 1997.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español, inglés y ucraniano. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Filipinas.	"Acuerdo con Filipinas para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Manila, 20 de noviembre de 1995.	DS. 1237 de 8 de agosto de 1997.	DO. 6 de noviembre de 1997.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español e inglés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
Reino Unido e Irlanda del Norte.	"Acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de las inversiones".	Santiago, 8 de enero de 1996.	DS. 563 de 22 de abril de 1997.	DO. 23 de junio de 1997.	Artículo 7.	Sistema CIADI.	El Tratado fue firmado en español e inglés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
Cuba.	"Acuerdo con Cuba para la promoción y la protección recíproca de las inversiones".	La Habana, 10 de enero de 1996.	DS. 1332 de 11 de agosto de 2000.	DO. 30 de septiembre de 2000.	Artículo 8.	(i) <i>Ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI, y (ii) un tribunal arbitral según lo establecido en los párrafos 3 al 6 del artículo 9 de este Acuerdo.	Este Acuerdo constituye una de las excepciones que no contempla el sistema CIADI para el arbitraje internacional de inversiones.
Grecia.	"Acuerdo con la República Helénica sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones".	Atenas, 10 de julio de 1996.	DS. 320 de 9 de diciembre de 2002.	DO. 7 de marzo de 2003.	Artículo 9.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en español, griego e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Costa Rica.	"Acuerdo con Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones de las inversiones".	San José, 11 de julio de 1996.	DS. 910 de 29 de mayo de 2000.	DO. 8 de julio de 2000.	Artículo 9.	Sistema CIADI.	-.

El Salvador.	"Acuerdo con El Salvador para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 8 de noviembre de 1996.	DS. 1336 de 18 de agosto de 1999.	DO. 18 de noviembre de 1999.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Panamá.	"Convenio con Panamá para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 8 de noviembre de 1996.	DS. 1428 de 11 de septiembre de 1999.	DO. 21 de diciembre de 1999.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Nicaragua.	"Acuerdo con Nicaragua para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 8 de noviembre de 1996.	DS. 486 de 3 de octubre de 2001.	DO. 10 de diciembre de 2001.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Guatemala.	"Acuerdo con Guatemala para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 8 de noviembre de 1996.	DS. 482 de 27 de septiembre de 2001.	DO. 10 de diciembre de 2001.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Honduras.	"Acuerdo con Honduras para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Santiago, 11 de noviembre de 1996.	DS. 483 de 28 de septiembre de 2001.	DO. 12 de enero de 2002.	Artículo 8.	Sistema CIADI.	-.
Austria.	"Acuerdo con Austria para la promoción y protección recíprocas de las inversiones".	Santiago, 8 de septiembre de 1997.	DS. 1430 de 28 de agosto de 2000.	DO. 17 de noviembre de 2000.	Artículo 9.	(i) Sistema CIADI, y (ii) un panel de tres árbitros conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en alemán, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Suiza.	"Acuerdo con la Confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones".	Berna, 24 de septiembre de 1999.	DS. 137 de 20 de mayo de 2002.	DO. 22 de agosto de 2002.	Artículo 9.	(i) Sistema CIADI, y (ii) <i>ad hoc</i> conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en alemán, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Islandia.	"Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Islandia para la promoción y protección recíproca de las inversiones".	Kristiansand, 26 de junio de 2003.	DS. 186 de 16 de mayo de 2006.	DO. 12 de agosto de 2006.	Artículo 8.	(i) Sistema CIADI, y (ii) un arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI.	El Tratado fue firmado en inglés.
Uruguay.	"Acuerdo de Inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay".	Montevideo, 25 de marzo de 2010.	DS. 12 de 24 de enero de 2012.	DO. 23 de octubre de 2012.	Sección B – Solución de Controversias Inversionista-Estado. Artículo 17.	(i) Sistema CIADI, (ii) Mecanismo complementario del CIADI, (iii) un arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI, y (iv) un arbitraje <i>ad hoc</i> que pacten las partes.	-.
Hong Kong.	"Acuerdo de inversiones con el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China".	Lima, 18 de noviembre de 2016.	DS. 78 de 23 de mayo de 2019.	DO. 8 de octubre de 2019.	Artículos 21, 23 y 24.	(i) panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (ii) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	El Tratado fue firmado en inglés. Este APPI constituye una de las excepciones que no contempla el sistema CIADI para el arbitraje internacional de inversiones.

## ANEXO II: ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO CON DISPOSICIONES RELATIVAS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

PAÍS.	NOMBRE.	SUSCRIPCIÓN.	PROMULGACIÓN.	PUBLICACIÓN.	CLÁUSULA ARBITRAL.	TRIBUNAL ARBITRAL.	NOTAS.
Canadá.	"Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá".	Santiago, 5 de diciembre de 1996.	DS. 1020 de 3 de julio de 1997	DO. 5 de julio de 1997	Artículo G-21.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI, y (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en español, francés e inglés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
México.	"Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos".	Santiago, 17 de abril de 1998.	DS. 1101 de 7 de julio de 1999.	DO. 31 de julio de 1999.	Artículo 9-21.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI, y (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI.	-.
Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua (Mercado Común Centroamericano).	"Tratado de Libre Comercio entre Chile y Centro América".	Ciudad de Guatemala, 18 de octubre de 1999.	DS. 14 de 18 de enero de 2002 (Costa Rica). DS. 127 de 3 de mayo de 2002 (El Salvador). DS. 180 de 9 de julio de 2008 (Honduras). DS. 87 de 17 de marzo de 2010 (Guatemala). DS. 109 de 25 de septiembre de 2012 (Nicaragua).	DO. 14 de febrero de 2002 (Costa Rica). DO. 1 de junio de 2002 (El Salvador). DO. 28 de agosto de 2008 (Honduras). DO. 5 de agosto de 2010 (Guatemala). DO. 19 de marzo de 2013 (Nicaragua).	Artículo 10.01.	El Anexo 10.01 incorpora a este Tratado los APPI's firmados por Chile con cada uno de los Estados miembro del Mercado Común Centroamericano.	La promulgación y publicación del Tratado fueron de acuerdo con el Protocolo Adicional firmado con cada Estado.
Corea del Sur.	"Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Corea".	Seúl, 15 de febrero de 2003.	DS. 48 de 3 de marzo de 2004.	DO. 1 de abril de 2004.	Artículo 10.24.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI, y (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI.	El Tratado fue firmado en coreano, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Estados Unidos de América.	"Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América".	Miami, 6 de junio de 2003.	DS. 312 de 1 de diciembre de 2003.	DO. 31 de diciembre de 2003.	Artículo 10.15.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	El Tratado fue firmado en español e inglés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.

Perú.	"Acuerdo de Complementación Económica N°38 entre la República de Chile y la República del Perú (Segundo Protocolo Adicional)".	s.l., 17 de febrero de 2005.	DS. 93 de 22 de abril de 2005.	DO. 7 de julio de 2005.	Artículo 11.16.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	-.
Colombia.	"Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia (Protocolo Adicional al ACE 24)".	Santiago, 27 de noviembre de 2006.	DS. 54 de 24 de marzo de 2009.	DO. 8 de mayo de 2009.	Artículo 9.16.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) <i>ad hoc</i> bajo cualquier otra institución o reglamento que elijan las partes.	-.
Japón.	"Acuerdo de Asociación Económica Estratégica entre la República de Chile y Japón".	Tokio, 27 de marzo de 2007.	DS. 143 de 14 de agosto de 2007.	DO. 3 de septiembre de 2007	Artículo 89.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	El Tratado fue firmado en inglés.
Australia.	"Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Australia".	Canberra, 30 de julio de 2008.	DS. 30 de 4 de febrero de 2009.	DO. 6 de marzo de 2009.	Artículo 10.16.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	El Tratado fue firmado en español e inglés. No indica cuál prevalece en caso de divergencias.
China.	"Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular de China".	Vladivostok, 9 de septiembre de 2012.	DS. 171 de 27 de diciembre de 2013.	DO. 2 de abril de 2014.	Artículo 14.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	El Tratado fue firmado en chino, español e inglés. En caso de divergencias, prevalecerá el texto en inglés.
Colombia, México y Perú (Alianza del Pacífico).	"Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico suscrito entre la República de Colombia, la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú".	Cartagena de Indias, 10 de febrero de 2014.	DS. 24 de 22 de febrero de 2016.	DO. 25 de abril de 2016	Artículo 10.16.	(i) Sistema CIADI; (ii) las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI; (iii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iv) cualquier otro reglamento o institución arbitral acordada.	-.

Argentina.	"Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República Argentina".	Buenos Aires, 2 de noviembre de 2017.	DS. 27 de 26 de febrero de 2019.	DO. 6 de junio de 2019.	Artículo 8.24.	(i) Sistema CIADI; (ii) un panel arbitral conforme a las reglas de la CNUDMI, y (iii) <i>ad hoc</i> de acuerdo con las reglas elegidas de común acuerdo entre las partes.	El Acuerdo entró en vigor internacional el 1 de mayo de 2019.
Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Malasia, Estados Unidos Mexicanos, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam (Asociación Transpacífico).	"Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico".	Santiago, 8 de marzo de 2018.	DS. 318 de 29 de diciembre de 2022.	DO. 21 de febrero de 2023.	Capítulo 9. Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado. Artículo 9.19.	(i) Sistema CIADI, (ii) Mecanismo complementario del CIADI, (iii) un arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI, y (iv) un arbitraje <i>ad hoc</i> que pacten las partes.	-.

# CAM

SANTIAGO • CHILE

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales & Subdirección Ejecutiva del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) San Sebastián 2812, piso 5, Las Condes, Región Metropolitana de Santiago de Chile.

+56 2 2360 7015

[camsantiago@ccs.cl](mailto:camsantiago@ccs.cl)

[www.camsantiago.cl](http://www.camsantiago.cl)