

GONZALO CANDIA FALCÓN*

Una de las cuestiones más espinosas del Derecho Constitucional y de la cual se han escrito, desde una perspectiva comparada, ríos de tinta es la determinación de los criterios que permiten distinguir entre la expropiación formal y las expropiaciones regulatorias o *regulatory takings*. En efecto, en el contexto del Derecho Constitucional clásico ambas instituciones estaban completamente diferenciadas, en la medida en que sólo unas de ellas, las expropiaciones formales, obligaban al estado a compensar al afectado. Mientras tanto, las regulaciones que, en la práctica, producían efectos expropiatorios representaban obligaciones impuestas al derecho de propiedad por parte del legislador en virtud de la función social del mismo y, por tanto, no daban derecho a indemnización alguna al afectado (Aldunate, 2006). Sin embargo, este paradigma, que reconoce una clara distinción entre expropiación formal y *regulatory takings*, ha sido cuestionado abiertamente, especialmente desde la perspectiva del Derecho anglosajón. Dicho cuestionamiento ha sido acogido por algunos constitucionalistas latinoamericanos entre ellos Fermandois (2010).

* Abogado. Doctor en Derecho (S.J.D) por la Universidad de Georgetown y Magíster en Derecho (LL.M) por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. gfcandia@uc.cl

En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desde principios del siglo XX —y de la mano de Oliver Wendell Holmes— ha ido construyendo el concepto de expropiación regulatoria (*regulatory takings*), con el objeto de hacer indemnizables aquellas regulaciones legislativas de la propiedad que van “demasiado lejos” (*Pennsylvania Coal v. Mahon*, 1922). Ahora bien, entre los esfuerzos de los autores como de los jueces, a nivel comparado, se encuentra el de identificar aquellos criterios que permitan diferenciar entre una mera regulación de la propiedad, no indemnizable, y una expropiación regulatoria, que sí es indemnizable (Chemerinsky, 2006, p. 646).

Esta discusión de naturaleza constitucional ha ido poco a poco proyectándose al Derecho Internacional y, en particular, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. En efecto, uno de los más importantes propósitos de esta última rama del Derecho Internacional es la protección de los derechos del inversionista extranjero y, por tanto “*las reglas (...) que gobiernan la expropiación de la propiedad de extranjeros han sido desde siempre la preocupación central de los extranjeros en general y de los inversionistas extranjeros en particular* [en la medida que] *la expropiación es la forma más severa de intervención de la propiedad*” (Dolzer y Schreuer, 2012, p. 98).

Debido a lo anterior, ha sido preocupación central del inversionista y de los estados en general establecer ciertos estándares y reglas, que permitan distinguir entre aquellos actos del estado que representan una expropiación formal o directa, de aquellos que constituyen una expropiación regulatoria o indirecta. Ello, tal como lo indican Dolzer y Schreuer (2012), en el contexto de estados que han dejado de utilizar los mecanismos de expropiación directa para privar de su propiedad a los inversionistas extranjeros y que cada vez más utilizan regulaciones que “*dejan intacto el título de propiedad del inversionista pero le privan de la posibilidad de utilizar dicha propiedad de forma significativa*” (2012, p. 101).

En ese contexto, el texto del profesor Sebastián López Escarcena busca clarificar y sistematizar los criterios que han utilizado tanto tribunales internacionales de Derechos Humanos, como tribunales arbitrales para distinguir entre ambos modelos de expropiación, explicando, al mismo tiempo, las complejidades y contradicciones existentes en un área del Derecho que se ve fuertemente impactada por una progresiva fragmentación.

En el primer capítulo del libro, el autor muestra la evolución histórica del proceso que llevó a considerar las expropiaciones indirectas de la propiedad que afectan inversionistas extranjeros como indemnizables (pp. 18-23). Dentro de este capítulo, explica la tensión existente entre la necesidad de custodiar los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros y el deseo de los estados de conservar intactas sus potestades soberanas, para regular materias de política pública dentro de sus jurisdicciones. Dicha tensión fue resuelta por los jóvenes estados latinoamericanos en favor de la defensa de sus potestades soberanas. En efecto, dichos estados se limitaron en un principio a otorgar a los inversionistas extranjeros las mismas protecciones constitucionales y legales conferidas a los nacionales del país (pp. 20-27), a través de la denominada “doctrina Calvo” (pp. 19-23). Este estándar, como se pudo apreciar durante el siglo XX, no ofreció suficientes garantías de protección al inversionista y permitió justificar intervenciones de tipo expropiatorio en la propiedad de los inversionistas extranjeros (pp. 24-26).

La aproximación anteriormente descrita fue acogida por diversos estados durante el período de la guerra fría, pero tras la caída de los socialismos reales y la liberalización de las economías a nivel global, ha ido poco a poco abandonándose, aunque no de forma definitiva (pp. 33-34). En este nuevo contexto geopolítico, los estados buscan ofrecer a los inversionistas garantías suficientes a los inversionistas extranjeros, “*presentándose a sí mismos como países con reglas estables, confiables y ordenadas*” (Gutbrod y Hindelang, 2006, p. 59). El profesor López Escarcena insiste en que, en ese escenario, la determinación de los límites entre aquello que representa una expropiación directa y una indirecta adquiere mucha relevancia (p. 39).

Luego de presentar el panorama histórico, el autor describe los criterios utilizados por los tribunales regionales de Derechos Humanos —la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— para resolver conflictos entre el ejercicio normativo del poder estatal y los derechos de propiedad. Analizando la jurisprudencia de ambos tribunales, el profesor concluye que dichas instituciones suelen reconocer un amplio margen de apreciación a las decisiones legislativas de los estados en torno al derecho de propiedad. Esto mueve a los tribunales a considerar seriamente, e incluso deferir, ante los argumentos de política pública ofrecidos por los estados para justificar su acción (p. 71). En ese

contexto, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo utilizan el principio de proporcionalidad para resolver conflictos entre esos poderes de policía estatal y el derecho de propiedad. Eso supone un ejercicio de *balancing* entre el propósito de la regulación y el grado de afectación del derecho de propiedad correspondiente (p. 72).

En el cuarto capítulo, describe los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral Irán-Estados Unidos para resolver casos relativos a expropiaciones indirectas. Este tribunal, creado por medio de los *Algiers Accords* de 1981, ha establecido como criterio genérico para distinguir entre expropiaciones directas e indirectas el denominado criterio del efecto (pp. 96-99). En ese sentido, existiría una expropiación indirecta o regulatoria en aquellos casos en que el efecto natural de la medida adoptada por el estado es de tal entidad que torna inútil, desde una perspectiva económica, la titularidad del derecho de propiedad (pp. 96-97). En ese contexto, el autor refiere fallos del mencionado tribunal arbitral en que se ha señalado que, al momento de analizar casos de expropiación indirecta, el foco del análisis debe centrarse en el impacto económico de la regulación y no en la intencionalidad de la misma (p. 97).

A continuación, en los capítulos quinto y sexto, el autor describe el tratamiento que tanto los tratados tanto bilaterales, como multilaterales, así como las decisiones de los tribunales arbitrales que los aplican, han dado a la temática de la expropiación indirecta. Ello, específicamente, en el contexto de tratados de inversión extranjera. El autor concluye que, en la mayoría de esos casos, los tribunales arbitrales utilizan el criterio del efecto para determinar si existió o no una expropiación regulatoria (p. 134). Sin embargo, en algunos casos —tales como *TECMED* y *Saluka*, entre otros— los tribunales han utilizado el criterio ofrecido por el principio de proporcionalidad o del poder de policía para resolver si una específica regulación estatal de la propiedad debe ser indemnizada (p. 134).

El uso del principio de proporcionalidad en este contexto supone necesariamente la valoración por parte del tribunal arbitral de la intencionalidad con la cual actúa el estado al momento de generar la regulación. Sólo de esta forma es posible realizar un ejercicio de *ponderación* en relación al derecho de propiedad del inversionista extranjero (p. 126).

En ese escenario, el profesor López Escarcena analiza los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales arbitrales llamados a aplicar el capítulo

11 del NAFTA (pp. 158-173). En un principio, las decisiones de los señalados tribunales utilizaron únicamente el criterio del efecto para resolver si la medida estatal equivalía a una expropiación indirecta (e.g: *Pope & Talbot, Metalclad*). En ese contexto, cualquier medida regulatoria impuesta por el estado sobre la propiedad, que implicara establecer restricciones con un impacto económico de tal magnitud, que afectara severamente las expectativas de inversión del afectado, representaba una expropiación indirecta (p. 167).

Posteriormente, los fallos de los tribunales arbitrales llamados a aplicar el capítulo 11 del NAFTA, se han visto fuertemente influenciados por los criterios establecidos en los nuevos tratados bilaterales de inversión celebrados por los Estados Unidos de América. Los mismos, a su vez, fueron redactados en conformidad al estándar fijado por la *Trade Promotion Act* de 2002 (p. 159). Dicha norma estableció como criterio de análisis respecto de las expropiaciones indirectas el estándar de protección aplicable a sus propios ciudadanos, esto es, el estándar adoptado por la Corte Suprema en *Penn Central* (p. 161). Por tanto, todo análisis relativo a determinar si existe o no una expropiación regulatoria requería considerar los siguientes factores: (a) el impacto económico de la intervención; (b) el grado de afectación de las expectativas de retorno de la inversión y (c) el carácter de la medida gubernamental.

Esto, en la práctica, le permitió realizar a dichos tribunales arbitrales un análisis del mérito de la decisión gubernativa, que puede importar una expropiación regulatoria, en la medida que el criterio *Penn Central* incluye no sólo el análisis del impacto económico de la regulación, sino también de la legitimidad de la medida gubernamental adoptada (pp. 161-162). En ese sentido, este nuevo criterio difiere del denominado criterio del efecto, que considera únicamente el impacto económico de la medida estatal que interviene en la propiedad. Esto permite a los tribunales arbitrales ponderar el propósito, legitimidad e intencionalidad de la regulación específica con el impacto económico que la misma produce respecto del inversionista. Prueba de ello es la resolución del caso *Methanex* (2007) en base a dicho estándar (p. 168).

En el capítulo séptimo del libro, el autor plantea sus reflexiones en torno al estudio jurisprudencial desarrollado en los capítulos anteriores. Paradójicamente, se indica que la nueva tendencia norteamericana en

torno a la determinación de los criterios tiende a coincidir con el estándar de protección nacional que los estados latinoamericanos aplicaban en el pasado a los inversionistas extranjeros (p. 184). En efecto, hoy los Estados Unidos de América ofrecerían a los inversionistas, de acuerdo al autor, el mismo estándar de protección que se otorga a sus propios ciudadanos: aquel construido por la Corte Suprema en *Penn Central* (pp. 188-190). Y ello con el riesgo que implica decidir acerca de la legitimidad de la medida regulatoria (p. 189). En ese contexto, se habría reemplazado un estándar relativamente cierto —el criterio del efecto— por uno que incluye importantes factores de carácter subjetivo, dado que el tribunal arbitral debería considerar al resolver no sólo el impacto económico de la regulación, sino la intencionalidad y legitimidad de la misma (p. 199). A esto se sumarían las complejidades derivadas del principio de proporcionalidad, por cuanto la consideración de ambos factores de análisis (intención de la regulación y efectos de la misma) invita al juez a efectuar un ejercicio de *balancing* (p. 192). Esto, de acuerdo a algunos expertos mencionados por el autor, podría afectar el derecho de los inversionistas a percibir una compensación equivalente al daño causado por una expropiación regulatoria (p. 193). En ese sentido, el profesor López Escarcena señala que el uso del principio de proporcionalidad por parte de tribunales arbitrales llamados a aplicar tratados bilaterales de inversión requeriría de la inclusión expresa del criterio en cuestión dentro de sus cláusulas, lo que implicaría, en la mayoría de los casos, la modificación de los mismos (p. 194; p. 212).

El trabajo del profesor López Escarcena tiene un alto valor no sólo para académicos y litigantes asociados al Derecho Internacional de la Inversión, sino para aquellos interesados en temáticas vinculadas al Derecho Constitucional y a la teoría del Derecho, puesto que los problemas centrales abordados por el autor —esto es, los criterios que permiten afirmar la existencia de una expropiación indirecta y la aplicabilidad del principio de proporcionalidad para definir aquello— son de común interés.

En ese sentido, me gustaría comentar ciertos aspectos del estudio del autor vinculados al uso del principio de proporcionalidad y a la problemática aneja al mismo. De acuerdo a lo que Gregoire Webber ha denominado como la “aproximación recibida” de los derechos (2011, p. 56), el principio de proporcionalidad es el criterio para apreciar si una infracción de derechos es justificada o no (p. 56). Esto supone efectuar no sólo un análisis

acerca de la legitimidad del propósito existente detrás de una regulación específica, su idoneidad y necesidad, sino realizar un ejercicio de *balancing* entre la finalidad buscada por el legislador que regula el ejercicio del derecho y el derecho en aparente oposición, siempre en el entendido que ambos representan principios a ser optimizados (Alexy, 2002). Ese *balancing* obliga al adjudicador a ponderar derechos e intereses que aparecen como contrapuestos.

Ahora bien, la problemática asociada a esa ponderación no es el *balancing* mismo, sino el criterio en base al cual esa ponderación debe efectuarse por el juez (Jestaedt, 2012 ; Urbina, 2012). De hecho, algunos autores plantean que la ponderación es conceptualmente imposible, debido a que los factores a ser ponderados —intereses y derechos— son, en principio, incommensurables entre sí (Webber, 2011, p. 91). Por tanto, el juez carecería de criterios suficientes preestablecidos para resolver.

En ese contexto, es perfectamente entendible la preocupación exhibida por el autor en relación a la utilización del principio de proporcionalidad en el contexto del Derecho Internacional de la Inversión. En efecto, ¿cómo es posible mensurar conceptualmente el interés estatal, por ejemplo, en la protección del medioambiente con una privación de la propiedad de tipo expropiatoria?, ¿existe algún criterio que permita al juez “pesar” los intereses estatales y particulares involucrados en cada caso concreto? Estas preguntas parecen carecer de una respuesta unívoca. Por otro lado, si se acepta que los tribunales arbitrales de inversión resuelvan cuestiones vinculadas a expropiaciones indirectas por medio del principio de proporcionalidad, se otorga necesariamente a dichos tribunales atribuciones que, en la práctica, les permiten evaluar cuestiones de política pública cuyo conocimiento corresponde, por razones de legitimidad democrática, a las autoridades nacionales.

Esto no quiere decir que el criterio del efecto sea uno completamente desprovisto de elementos subjetivos y sencillo de aplicar. Por el contrario, es un criterio cuya aplicación obliga al juez a conocer y utilizar factores de análisis económico en los que no tiene necesariamente un *expertise* real. Sin embargo, en el contexto de tribunales arbitrales de inversión, dicha problemática se ve disminuida en la medida en que los mismos son tribunales altamente especializados y con un alto conocimiento en materias económicas. Por otro lado, el criterio del efecto, si bien complejo en su

mensuración, ofrece al juez arbitral un estándar relativamente específico, mientras que la proporcionalidad sólo le provee de un esquema de razonamiento, pero no criterios suficientes para implementar su aplicación. En ese sentido, el criterio del efecto, con todas sus debilidades, presenta mayores ventajas que el análisis de proporcionalidad, el cual, en la práctica, tenderá a beneficiar al estado y no precisamente, al inversionista. Esto por cuanto existe un alto riesgo de que la proporcionalidad sea utilizada como criterio para justificar la acción expropiatoria del estado o bien disminuir con ello el monto de la indemnización que el estado debe en justicia pagar al inversionista expropiado por medio de una regulación nacional.

Así mismo parece que la misma lógica de los tratados bilaterales o multilaterales de inversión extranjera es afectada si el principio de proporcionalidad es aplicado por los tribunales arbitrales. En efecto, dichos tratados tienen como fin establecer estándares internacionales mínimos de protección al inversionista, a través de la determinación de ciertas reglas y estándares. En ese sentido, el tratado lo que hace es establecer un límite entre aquello que se permite y no se permite al estado en su tratamiento hacia el inversionista extranjero. La proporcionalidad no refuerza, precisamente, ese objetivo, lo debilita. Ello en la medida que su aplicación genera un incentivo a los estados para que, en la práctica, adopten medidas que puedan, *prima facie*, aparecer como infracciones de los tratados de inversión en la medida que las mismas se encuentren debidamente justificadas (Webber, 2011). En ese contexto, el uso mismo de la proporcionalidad podría aparecer en oposición al propósito de un tratado de inversión extranjera.

Esto sin siquiera analizar si el interés que el estado busca proteger es digno de esa protección. De acuerdo a la aproximación clásica de la proporcionalidad, todos los intereses aparecen como dignos de ser optimizados. En ese sentido, uno de los problemas que presenta la aplicación del principio de proporcionalidad es que su análisis no incluye determinar de forma previa al *balancing* cuán justos son los intereses en juego (Urbina, 2012, p. 65).

En conclusión, el trabajo del profesor López Escarcena representa un valioso estudio jurisprudencial que entrega a todos aquellos interesados en el estudio del derecho de propiedad, tanto provenientes del mundo del Derecho Internacional, como del Derecho Constitucional, información para profundizar en la reflexión acerca de la necesidad de definir poco a poco criterios más sólidos, que permitan distinguir entre expropiaciones

directas e indirectas en el contexto de un mundo cuya economía está cada vez más diversificada e interconectada.

Referencias

- Aldunate, E., (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista Chilena de Derecho*, 33, pp. 285-303.
- Alexy, R., (2002). *A theory of constitutional rights* (J. Rivers, Trad.), Oxford: Oxford University Press.
- Chemerinsky, E., (2006). *Constitutional law. Principles and policies*, New York: Aspen Publishers.
- Dolzer, R., & Schreuer C., (2012). *Principles of international investment law*, Oxford: Oxford University Press.
- Fernandois, A., (2010). *Derecho constitucional económico. Tomo II*, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Gutbrod, M., & Hindelang S., (2006). Externalization of effective legal protection against indirect expropriation. Can the legal order of developing countries live up to the standards required by international investment agreements? A disenchanting comparative analysis. *Journal of World Investment & Trade*, 7, pp. 59-83.
- Jestaedt, M., (2012). The doctrine of balancing—Its strengths and weaknesses. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized reason : the jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 153-172). Oxford: Oxford University Press.
- Pennsylvania Coal v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).
- Penn Central Station v. New York, 438 U.S. 104 (1978).
- Urbina, F., (2012). A critique of proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, 57, pp. 49-80.
- Webber, G., (2011). *The negotiable constitution. On the limitation of rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

