

MONTT, SANTIAGO (2009): *STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION: GLOBAL CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN THE BIT GENERATION* (PORTLAND, HART PUBLISHING) 416 PP.

Como lo indica su título, este libro trata de la responsabilidad estatal desde una perspectiva de derecho global. En los agradecimientos del libro, Santiago Montt nos cuenta que comenzó su investigación en el derecho administrativo, sin embargo, el laudo del caso *Metalclad*¹ lo forzó a dirigir su mirada a la jurisprudencia emanada de los tribunales arbitrales internacionales, establecidos en virtud de las cláusulas de solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión (TBI) y de los capítulos de inversión de los acuerdos de integración económica (AIE). Fue la indiferencia de esta jurisprudencia internacional hacia las soluciones dadas por el derecho público comparado al problema del conflicto entre los intereses del individuo y de la sociedad, lo que llevó al autor a reorientar su investigación. Quienes nos dedicamos al derecho internacional, no podemos menos que agradecer este fortuito encuentro del profesor Montt con el laudo de *Metalclad*.

El trabajo de Santiago Montt es ambicioso, y combina con maestría el derecho público comparado e internacional. La profundidad de su estudio queda de manifiesto en cada uno de los capítulos que componen el libro. En ellos vemos a un autor que se hace preguntas difíciles y ofrece respuestas concretas a las mismas, a través de soluciones novedosas apoyadas en un exhaustivo análisis jurisprudencial y doctrinal.

El texto se divide en dos. La primera parte propone un marco histórico y normativo para el estudio del derecho internacional de la inversión. Esta parte también ofrece una estructura de análisis que será después empleada en el estudio de la relación entre la propiedad, el interés público y el Estado regulador, así como en el estudio de la jurisprudencia internacional de inversión extranjera relativa a la expropiación indirecta y al trato justo y equitativo, que viene en la segunda parte. Los capítulos que componen ambas partes del libro tratan temas vitales para el derecho internacional. Particularmente interesantes son los siguientes.

Partamos por la interpretación que hace Santiago Montt de la doctrina Calvo y de la cláusula del mismo nombre². De acuerdo al autor, dicha postura decimonónica no fue formulada originalmente por Carlos Calvo, sino por Andrés Bello. En derecho internacional, se explica esta teoría como una reacción de los países latinoamericanos a la llamada “diplomacia de las cañoneras”, a través de la cual los Estados exportadores de capital –principalmente países europeos y los EE.UU.– ejercían la protección diplomática en favor de sus nacionales en nuestra región³. El profesor Montt concuerda con lo anterior, pero agrega que la doctrina –ya no de Calvo, sino de Bello– estaba destinada a incentivar la inversión extranjera en los Estados de América Latina, ofreciendo a los extranjeros avocados en dichos países la igualdad jurídica con sus nacionales. Como consecuencia de lo anterior, los extranjeros que gozaban de este privilegio no podían pedir un trato superior al de los nacionales del país respectivo, a menos que probaran que hubo denegación de justicia en su contra.

La mal llamada doctrina Calvo, junto a la de José María Drago, detuvieron la práctica de la diplomacia de las cañoneras en la región. Sin embargo, agrega el autor, a raíz de la cláusula del mismo nombre, esta teoría se transformó en un eximente de responsabilidad en el contexto del debate sobre la nacionalización de la propiedad extranjera en el derecho internacional. Es loable el intento que hace Santiago Montt de rescatar la doctrina Calvo del descrédito en la que se encuentra en los países desarrollados. ¿En qué consiste este intento? Más que nada, en centrarse en el aspecto positivo de dicha doctrina, el cual permitiría aplicarla en el siglo XXI con un nuevo contenido. No sería ya el trato nacional de las legislaciones latinoamericanas, sino el trato nacional de las legislaciones de países desarrollados –como Alemania, Francia, el Reino Unido, España y, sobre todo, EE.UU.

El problema con esta interpretación es que no se condice con un hecho importante: la doctrina Calvo se extendió por la región como una reacción al

ejercicio abusivo de un derecho, más que como un instrumento de promoción de las inversiones extranjeras. Y, al tener al derecho nacional como estándar mínimo y máximo de trato, esta teoría lleva en sí el germen de su aplicación extrema, desde sus inicios. Dicha aplicación conduce a la anulación del trato mínimo internacional, sobre el que se funda el derecho internacional de la inversión. Por otro lado, esta nueva interpretación de la doctrina Calvo no considera dos aspectos esenciales de la evolución de la protección de los extranjeros en el derecho internacional. El primero de estos aspectos se refiere al hecho que los Estados exportadores de capital son los creadores del estándar absoluto, no contingente, que hoy conocemos como trato mínimo internacional. Hasta hace poco, eran también sus principales promotores. Tal estándar exige, por ejemplo, una indemnización por la expropiación de la propiedad extranjera, independiente del motivo de la medida respectiva, salvo raras excepciones.

Este fue el estándar que se incluyó en la gran mayoría de los tratados de inversión. Por tanto, lejos de molestar a los Estados exportadores de capital, fue incentivado por ellos mismos, en el entendido que los arbitrajes internacionales de inversión solo serían dirigidos en contra de los países importadores de capital. Vale decir, en contra de Estados en desarrollo. No obstante, una vez que estos arbitrajes se comenzaron a dirigir en contra de los países desarrollados –como fue el caso de EE.UU. y Canadá, en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)– la apreciación que tenían dichos Estados del trato mínimo internacional, cambió. Fue ahí cuando se acordaron del trato nacional popularizado por Calvo. ¿Y qué contenido se le dio a este trato nacional? El suyo: el de los Estados desarrollados⁴.

El interés de Andrés Bello, y el de Carlos Calvo, era promover el desarrollo soberano de las nuevas repúblicas latinoamericanas por medio de la aplicación del principio de no intervención, del cual la doctrina Calvo se deriva⁵. Reemplazar el contenido de los derechos nacionales de nuestros países, por aquel de los ordenamientos jurídicos de los Estados desarrollados, no estaba dentro sus planes⁶. Un segundo aspecto que no considera esta interpretación radica en el fracaso de los dos proyectos de tratado multilateral de inversión negociados en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Tanto el proyecto de 1967 como el 1998, no tuvieron éxito en gran medida debido a la falta de apoyo de los Estados en desarrollo⁷. Es por esto, que ligar abiertamente el trato mínimo internacional, al trato nacional de los países importadores de capital, puede no ser la mejor manera de evitar los excesos a los que puede conducir un estándar absoluto creado por estos mismos Estados.

Un aporte a destacar del libro de Santiago Montt es la solución propuesta a la pregunta de por qué los Estados en desarrollo celebran tratados bilaterales de inversión⁸. Aquí el autor se aleja de la teoría de Andrew Guzman, más tarde desarrollada junto a Zachary Elkins y Beth Simmons, basada en el dilema del prisionero, según la cual dichos Estados compiten entre sí para atraer a la inversión extranjera. Al actuar en forma individual –dicen estos autores– los Estados en desarrollo terminan en una situación peor a la que habrían llegado de actuar en forma colectiva. El principal costo que identifican al respecto Elkins, Guzman y Simmons es la delegación de la autoridad adjudicativa, por parte de dichos estados, en tribunales arbitrales internacionales.

Santiago Montt opta convincentemente por una explicación desde la teoría de las externalidades positivas, también conocidas como efectos de red⁹. Según él, los tratados bilaterales de inversión constituyen una red virtual basada en un lenguaje común que establece un estándar de facto, cuya principal externalidad es la anticipación de la jurisprudencia futura. El equilibrio que se consigue a través de los tratados bilaterales de inversión –agrega Montt– no es el peor escenario para los Estados en desarrollo, ni el mejor escenario para los inversionistas extranjeros. Esta teoría permite entender el intento de los Estados desarrollados de reemplazar el trato mínimo internacional, por el trato nacional de sus respectivos derechos internos, a través de nuevos modelos de tratados de inversión redactados al efecto. Esta teoría también explica cómo dichos Estados podrían tener éxito en tal empresa.

Otra contribución del libro dice relación con el estudio de los problemas de

legitimidad asociados a los tratados bilaterales de inversión¹⁰. Estos se resumen en la delegación de poderes soberanos que realizan los Estados en acuerdos internacionales que, si bien no reemplazan al derecho interno, sustituyen a los tribunales nacionales por internacionales. La dificultad aquí radica en que estos últimos interpretan estándares sustantivos, no definidos en los mismos tratados. En muchos casos, tales interpretaciones de tribunales arbitrales *ad hoc*, cuyos miembros han sido elegidos por las partes en litigio, cuestionan las soluciones regulatorias adoptadas por los propios órganos estatales permanentes, cuyos representantes han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos del país respectivo. Y hasta cierto punto las reemplazan, pues no hay instituciones democráticas que puedan modificar después estas interpretaciones jurisprudenciales. Como lo indica el autor, los tratados bilaterales de inversión pasan a ser verdaderas constituciones económicas que se aplican como *lex specialis* a los inversionistas extranjeros, y terminan por afectar a la larga la potestad regulatoria del Estado anfitrión.

Ante este escenario, el profesor Montt estudia cinco posibles fuentes de legitimidad para el derecho internacional de la inversión: el consentimiento del Estado; la promoción del bien común de su población; la factibilidad de dejar de ser parte de un tratado bilateral de inversión; la presencia de los requisitos que conforman el Estado de Derecho en tales tratados; y la capacidad de estos acuerdos internacionales para provocar un desarrollo institucional en los Estados partes. Descarta las cuatro primeras posibles fuentes de legitimidad, por distintas razones. No obstante, acepta la quinta, en la medida que el derecho internacional de la inversión cumpla con los requisitos de la "doctrina Calvo actualizada". Esto es, que la jurisprudencia internacional tenga por estándar de trato mínimo y máximo el establecido por el derecho constitucional y administrativo comparado de los estados desarrollados. Al final de este capítulo, Santiago Montt propone que los países en desarrollo preparen nuevos modelos de tratados de inversión, siguiendo el último prototipo de EE.UU. o el fallido modelo de Noruega. Sin embargo, no serían las bondades intrínsecas de dichos prototipos lo que podría llevar a los Estados en desarrollo a seguir este camino. La razón de una potencial decisión en ese sentido, se explicaría por la teoría de la red virtual, que el mismo autor formulara en el capítulo anterior de su libro¹¹.

Ya en la segunda parte de su trabajo, Santiago Montt hace un nuevo aporte al derecho internacional de la inversión. En este caso, se trata de la aproximación comparada que ofrece al conflicto entre el derecho de propiedad y el interés público¹². El punto de partida de su análisis es que el Estado regulatorio tiene la potestad constitucional de dañar o perjudicar a sus ciudadanos, incluidos los inversionistas. Esto no significa que los ciudadanos o inversionistas deban asumir siempre las consecuencias de las acciones u omisiones del Estado. Pero tampoco quiere decir que todo daño que sufran tenga que ser indemnizado. Según el autor, el derecho internacional de la inversión no debiera constituir una excepción a esta realidad de derecho constitucional comparado. En este último, se distingue entre el centro o la esencia del derecho de propiedad y su periferia. La protección del centro es fuerte, en tanto que la de la periferia es débil.

Otra distinción que hace el derecho constitucional comparado, y que el autor menciona en este capítulo¹³, es aquella entre expropiación y responsabilidad estatal por un acto ilícito¹⁴. Según nos explica el profesor Montt, el primer concepto responde a consideraciones de justicia correctiva y distributiva, mientras que el segundo a aquellas de justicia correctiva. El centro del derecho de propiedad no puede, por tanto, ser afectado sin el pago de la debida indemnización, independiente del motivo de la medida correspondiente, salvo contadas excepciones. La periferia, en cambio, requiere la aplicación de complicados exámenes que permitan balancear objetivos contradictorios como la estabilidad y la flexibilidad, por una parte, las expectativas y el cambio, por otra. El estudio de derecho comparado que aquí hace Santiago Montt sobre la arbitrariedad como ilegalidad, irracionalidad, sacrificio especial o falta de proporcionalidad, y de las expectativas legítimas, es particularmente esclarecedor.

Estas nociones de centro y periferia del derecho de propiedad son aplicadas

posteriormente por el autor, en los dos últimos capítulos del libro, a los indefinidos conceptos de expropiación y trato justo y equitativo que contienen los tratados de inversión. En principio –nos dice Montt– la destrucción del derecho de propiedad debiera corresponder al ámbito de la expropiación, y el daño no destructivo debiera verse en el del trato justo y equitativo. Pero, como bien dice el autor, el problema no termina ahí. Debido a las implicancias que tienen las interpretaciones jurisprudenciales de estas protecciones, tanto para los actores del derecho internacional de la inversión, como para la subsistencia misma de esta área del Derecho, es que la proposición de recurrir complementariamente a las soluciones de derecho comparado que ofrece este trabajo, parece más que razonable. Sobre todo, si se considera que la aplicación general del derecho internacional no puede desatenderse del estudio comparado del Derecho.

Ubicar a la expropiación dentro del contexto amplio de un derecho global constitucional, y ver al trato justo y equitativo desde la perspectiva de un derecho global administrativo, enriquece sin duda el estudio de estas protecciones. En el análisis detallado de las expropiaciones indirectas que hace Santiago Montt, se pueden identificar otros aportes al debate doctrinal. Por ejemplo, la complementación de la definición de inversión a través del análisis de los patrones de protección del tratado respectivo. O la división del estudio destinado a determinar la existencia concreta de una expropiación indirecta en tres etapas, lo que facilita el establecimiento de las excepciones y contraexcepciones al principio de la indemnización por la privación sustantiva de la propiedad. También se pueden identificar varias contribuciones al estudio del trato justo y equitativo, que hace el libro del profesor Montt. Especialmente significativo es su análisis de los conceptos de arbitrariedad y expectativas legítimas.

Como bien dice el autor, la falta de contenido que caracteriza a los tratados de inversión, y la baja densidad del derecho internacional general en la materia, obligan al estudio del derecho comparado a fin de aplicar correctamente sus disposiciones. Más aún, considerando que los casos que involucran un conflicto entre el derecho de propiedad y el interés público tienen múltiples repercusiones, tanto a nivel interno como internacional. Este libro es un inmejorable punto de partida, y no pocas veces de llegada, para ese estudio comparado.

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA**

* Traducción del título: *Responsabilidad del Estado en el arbitraje de inversiones. Derecho global constitucional y administrativo en la generación TBI.*

¹ Ver *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto, 2000.

Disponible en inglés en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MetalcladAward-English.pdf>> (última visita el 15 de Julio de 2010).

² Ver Capítulo 1 del libro.

³ Ver, e.g., SHEA, Donald (1955): *The Calvo Clause. A Problem of inter-American and international law and diplomacy* (Minneapolis, University of Minnesota Press) pp. 11-16; & GARCIA-AMADOR, Francisco (1992): 'Calvo Doctrine, Calvo Clause', en BERNHARDT, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (New York, North-Holland), Vol. 2: pp. 521-2.

⁴ Ver, e.g., el Tratado entre EE.UU. y Uruguay relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 2004. Disponible en inglés en <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US_Uruguay.pdf> (última visita el 15 de julio de 2010). Ver, también, el Acuerdo entre Canadá y Perú para la Promoción y Protección de Inversiones de 2006. Disponible en inglés en <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_peru.pdf> (última visita el 15 de julio de 2010).

⁵ Ver, e.g., GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008): *Vida y obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista* (Cizur Menor, Editorial Aranzadi) p. 77; JAKSIC, Iván (2001): *Andrés Bello: La pasión por el orden* (Santiago, Editorial Universitaria) p. 266; GARCIA-MORA, Manuel (1950): 'The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law', *Marquette Law Review*, Vol. 33 No. 4, pp. 205-6; & SHEA (1955) pp. 16-21.

⁶ Ilustra este punto la siguiente definición que da Andrés Bello en sus *Principios de derecho internacional*: "La independencia de la nación consiste en no recibir leyes de otra". Ver BELLO, Andrés (1886): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Pedro

Ramírez), Vol. X, p. 28. Ver, también, JAKSIC (2001) pp. 137-8.

⁷ Ver, e.g., DOLZER, Rudolf, and STEVENS, Margrete (1995): *Bilateral Investment Treaties* (Dordrecht, Martinus Nijhoff) pp. 1-2; & MUCHLINSKI, Peter (2000): 'The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?', *International Lawyer*, Vol. 34 No. 3, p. 1039.

⁸ Ver Capítulo 2.

⁹ "Positive externalities", y "network effects" o "bandwagon effects", en inglés.

¹⁰ Ver Capítulo 3.

¹¹ I.e., en su Capítulo 2.

¹² Ver Capítulo 4.

¹³ Ver Capítulo 4.

¹⁴ "State responsibility in tort", en inglés.

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Abogado; Magíster en Derecho (LLM), Universidad de Leiden, Países Bajos; Doctor en Derecho (PhD), Universidad de Edimburgo, Reino Unido. Profesor de Derecho Internacional e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: rlopeze@uc.cl