

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014) *Indirect Expropriation in International Law*. Cheltenham; Reino Unido: Edward Elgar Publishing. 254 pp.

Es difícil exagerar la persistencia e importancia práctica de una materia como los contornos de la expropiación respecto de los extranjeros en el derecho internacional. Esta área se ha caracterizado por ser muy poco pacífica y exhibir abundantes lagunas, debido principalmente a la falta de fuentes formales de alcance global y en especial de tratados, sumado a una práctica estatal que no ha sido especialmente consistente en el tiempo.

Desde comienzos de los años sesenta fue posible apreciar una intensa evolución en virtud de la cual las posiciones mayoritarias de los Estados comenzaron a perfilarse para luego decantar lentamente durante los años noventa hacia el reconocimiento tangible de limitaciones reales y medianamente reconocibles al ejercicio de esta facultad soberana respecto de extranjeros, incluyendo la finalidad pública, la no discriminación y el pago de compensación, además del debido proceso en la ejecución de la medida respectiva. El incumplimiento de este estándar mínimo convertiría al acto estatal derechamente en una confiscación y acarrearía la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, estas reglas que parecen bastante simples muchas veces han carecido de claridad cuando se trata de delimitar el tiempo, la forma y la cantidad de la compensación, o incluso si ella procede o no del todo. Con el advenimiento de un tipo muy particular de expropiación durante la segunda mitad del siglo XX –las ubicuas nacionalizaciones– estas reglas ocuparon un lugar importante en la práctica de las relaciones entre las grandes potencias occidentales y los Estados receptores de inversión extranjera, proceso caracterizado por múltiples tensiones y desavenencias.

Lo cierto es que el derecho internacional en general nunca ha sido muy claro respecto de los límites de la expropiación, de las formas y requisitos que deben cumplirse para que ella sea legítima, y mucho menos de cuándo y cómo debe indemnizarse o compensarse. Ni la jurisprudencia tradicional –que si bien puede trazarse al Caso de la Fábrica de Chorzów en 1928, es escasa tanto en la CPJI como en la CIJ– ni los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (2001) han sido capaces de dilucidar algunas dudas fundamentales. ¿Cuál es, en definitiva, el estándar? ¿Existe diferencia entre la obligación de reparar y la de compensar? ¿La expropiación lícita produce los mismos efectos que la ilícita?

Por otra parte, las incipientes limitaciones a los poderes más rústicos del Estado en materia de respeto por la propiedad de los extranjeros no solucionaban, tampoco, otras preguntas tanto o más complejas que

comenzaron a coexistir e incluso a reemplazar a las anteriores: el régimen jurídico y consecuencias de aquellos actos que, si bien no constituyen una privación directa y total de la propiedad, generan un efecto equivalente para el extranjero.

La distinción entre expropiación directa e indirecta no parece hoy especialmente difícil de observar, pues la primera se ha convertido en un fenómeno relativamente escaso, aunque por cierto no en extinción. Así, la apropiación forzosa de la propiedad extranjera sea tangible o intangible –incluyendo por cierto la inversión– mediante actos legislativos o administrativos ha cedido lugar a formas menos toscas de afectación del patrimonio extranjero, pero que ocasionan los mismos efectos y que por lo tanto también acarrear o deberían acarrear la obligación de compensar por parte del Estado que expropia. Es acá donde la expresión “regulatory takings” se ha hecho de alguna manera bastante conocida, para referirse a toda forma de regulación que, si bien no se trata de una abierta expropiación mediante actos de ley o gubernamentales, resultan sin embargo en la privación de propiedad incluso cuando no se produzca necesariamente la transferencia de dicha propiedad. El énfasis de la expresión descansa en la privación o detrimento de propiedad en el inversionista.

Y es así que se llega, por fin, a la pregunta fundamental que constituye el objeto de este trabajo verdaderamente sobresaliente del profesor López Escarcena: ¿cuándo, entonces, una medida estatal que constituye una expropiación indirecta da lugar a obtener compensación bajo el derecho internacional? ¿No tiene acaso el Estado el derecho y el deber de ejercer sus poderes de policía para limitar ciertos tipos de propiedad, cualquiera sea su titular? Como bien comprueba el autor, se trata de una cuestión de graduación en la intensidad de la interferencia estatal, y como es de suponer, las respuestas generales *a priori* resultan de difícil aplicación y comprobación en su legitimidad. Esto es algo que el trabajo del profesor López Escarcena comprueba una y otra vez a lo largo de todo su libro, y que deja al lector compartir lo inevitable: la dificultad de llegar a acuerdos en tratados de alcance general –y especialmente de alcance global– sobre dichos contornos explica el enfoque muchas veces excesivamente casuístico y la influencia de la jurisprudencia especializada en la práctica estatal.

Y justamente porque el enfoque caso a caso es determinante es que acá los acuerdos de libre comercio y especialmente los tratados bilaterales y multilaterales de inversión (aunque el autor nos recuerda no subestimar la jurisprudencia interna norteamericana), han jugado un rol determinante en el desarrollo del derecho de las inversiones y la regulación de la expropiación, por dos razones. La primera es porque en ellos se han definido algunos de los estándares y requisitos

para estar frente a una expropiación indirecta. La segunda descansa en que estos tratados cuentan casi siempre con mecanismos litigiosos de carácter vinculante para resolver disputas, por lo que el desarrollo de una jurisprudencia bajo el alero de tribunales arbitrales ha jugado un rol significativo en delinear la aplicación práctica de los estándares internacionales que distinguen la expropiación lícita de aquella que no lo es, así como de la compensación que procede y su extensión.

Durante ocho capítulos que incluyen la introducción y la conclusión, el trabajo del profesor López Escarcena se aboca, pues, a contextualizar y explicar, para luego proponer directrices para identificar actuaciones expropiatorias indirectas que podrían o no dar lugar a compensación de acuerdo con el derecho internacional.

Luego de la introducción, el capítulo 2 resume la evolución del derecho internacional relativo a la expropiación desde una perspectiva histórica, incluyendo aspectos bien conocidos en nuestro continente tales como las bases que justificaron las nacionalizaciones a través de la Doctrina Calvo y los largos y a veces desgastantes procesos ante la Asamblea General de Naciones Unidas en el contexto de la relación entre inversión extranjera y recursos naturales, y posteriormente el Nuevo Orden Económico Internacional.

El capítulo 3 explora las posibles interferencias que existen en esta materia con la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, destacando el difícil camino hacia el lento reconocimiento del derecho a la propiedad como un derecho fundamental, con especial énfasis en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin duda la más avanzada en esta materia. El autor también destaca algunos enfoques de la Corte Interamericana, especialmente al referirse a estándares como proporcionalidad y legalidad, aunque por cierto la jurisprudencia sobre expropiaciones indirectas ante dicha Corte es muy escasa.

El capítulo 4 aborda el trabajo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (establecido en 1981 como parte de un compromiso político entre ambos países para indemnizar actuaciones que ocurrieron durante la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Teherán), lo cual es llamativo porque, en efecto, el trabajo de este tribunal es anterior al verdadero auge del derecho internacional de las inversiones tal como hoy lo conocemos. Y con todo, es posible constatar que la influencia de este tribunal fue importante en mucha jurisprudencia posterior, especialmente al reconocer decididamente el estándar de trato mínimo internacional y ciertos elementos que ayudan a discernir cuándo se está frente a casos de expropiación indirecta, incluyendo los umbrales de interferencia indebida, de control efectivo y un enfoque en las consecuencias antes que en las intenciones del Estado que expropia.

Es a partir del capítulo 5 donde el trabajo del profesor López Escarcena adquiere un valor especial. Tanto el capítulo 5 como el 6 tienen por objeto un análisis transversal y comparado de los instrumentos regulatorios más importantes en la actualidad para la protección de extranjeros y su propiedad, y bajo los cuales es posible observar en mejor posición la práctica de los Estados y de los órganos de solución de diferencias frente a las reclamaciones por expropiación indirecta. El manejo de un amplio abanico de jurisprudencia internacional por litigios entre inversionistas y Estados a través de diferentes conceptos desarrollados en sede tanto bilateral como multilateral (especialmente en el contexto del NAFTA), sumado a una exposición comparativa de diferentes fuentes, hacen a menudo olvidar dos de las principales virtudes de este trabajo: una claridad en el lenguaje y la exposición argumentativa (el libro está íntegramente escrito en inglés), y que pese a tratarse de una materia muchas veces abrumadora, el trabajo mantiene siempre una redacción amigable y empática con el lector.

El capítulo 7 avanza hacia un intento por clarificar cuál es en definitiva el estándar aplicable en términos del umbral para considerar si se está frente a una expropiación indirecta. Como se expone a lo largo del trabajo del profesor López Escarcena, son muy pocos los tratados de inversiones que contemplan una definición o especial claridad acerca de cuándo se está frente a una expropiación indirecta, y por lo tanto ha sido la jurisprudencia relevante –y que cruza nombres tan disímiles como NAFTA, CIADI, Corte Europea de Derechos Humanos, UNCITRAL o Cámara de Estocolmo– la que en un ejercicio muchas veces involuntario de fertilización cruzada (si se puede traducir así *cross-fertilisation*) la que ha definido cuestiones esenciales en lo que el propio autor cita como de facto o *soft precedent jurisprudence*. Estas soluciones jurisprudenciales han recibido en doctrina los nombres de teoría del efecto (*sole-effects doctrine*) y del poder de policía (*police-powers doctrine*), según se acentúe el resultado de la medida estatal o la motivación que persigue, y más recientemente de teoría de la proporcionalidad, al transponer este criterio desde la jurisprudencia europea de derechos humanos a las disputas de inversión.

A estas alturas de la evolución del derecho de las inversiones parece casi una curiosidad recordar que pese a que los denominadores comunes abundan en esta materia, todavía pueden apreciarse posiciones divergentes en muchos países al negociarse nuevos acuerdos de inversiones, sean bilaterales o multilaterales. Podría parecer exagerado puesto que hoy la distinción entre Estados que exportan capital y quienes importan inversión extranjera ya no es tan nítida, e incluso economías desarrolladas han ido adoptando el estándar de tratamiento nacional. Sin embargo, y como bien apunta una de las conclusiones del trabajo,

subyace todavía un fuerte viento de incertidumbre sobre los estándares aplicables a la expropiación indirecta. “Tratar de establecer cuándo se está frente a una medida estatal que debe ser compensada como expropiación indirecta es como caminar hacia el horizonte: uno está aparentemente cerca, pero nunca está ahí”, dice correctamente López Escarcena. Pero también, de la misma forma, es que este trabajo se propone constituir un aporte sustantivo para tratar de elucidar cuándo procede dicha compensación bajo el derecho internacional, lo que se logra ineluctablemente.

Todo lo anterior, decíamos, podría parecer un ejercicio anecdótico dada la incesante evolución del derecho de las inversiones y los comunes denominadores que hoy son posibles de apreciar. Pero ocurre que todo lo que el profesor López Escarcena aborda en su trabajo es especialmente relevante en Chile, tal vez uno de los países más globalizados del mundo, y que tiene tratados de inversiones vigentes con más de 50 países (“tratados de protección recíproca de inversiones”). No hace mucho ha concluido, por ejemplo, la negociación para el Acuerdo Trans-Pacífico, el cual Chile ha firmado y que en algún minuto debería entrar al Congreso Nacional para su discusión, por cierto bajo muchas dudas que desde luego escapan solamente al ámbito de las inversiones.

En definitiva, el libro del profesor López Escarcena es una obra de primer nivel y que se dispara muy por encima y visiblemente del promedio de publicaciones jurídicas de nuestro país. El trabajo es el resultado de la investigación doctoral que el autor realizó y concluyó con éxito en la Universidad de Edimburgo. Si bien fue publicado en 2014 en el Reino Unido y los Estados Unidos, no es posible encontrarlo en estanterías jurídicas en Chile y eso explica –solo en parte– lo tardío de la presente reseña sobre una obra que por lo demás está plenamente vigente.

OSVALDO URRUTIA S.*

* Abogado, Universidad Católica de Valparaíso (CHILE). LL.M. Universidad de Londres (University College London, INGLATERRA). Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho del Mar PUCV. Director del Centro de Derecho del Mar, Facultad de Derecho PUCV. Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, agosto de 2016. Correo electrónico: Oswaldo.urrutia@pucv.cl