

## Solicitan al Contralor no tomar razón del TPP-11 por ser un tratado abiertamente inconstitucional

El Ciudadano · 16 de diciembre de 2022

*"Dicho tratado transgrede flagrantemente nuestra Carta Fundamental, tanto en la forma como en el fondo, al imponer normativa contraria a nuestro orden constitucional y legal, de manera antijurídica y contraria a nuestro derecho", planteó el académico.*



El abogado y economista Julián Alcayaga envió una carta al Contralor General de la República, en la que le solicita no tomar razón del TPP-11, por ser un tratado lesivo y abiertamente inconstitucional.

En el texto, el presidente de la “Organización No Gubernamental Recuperemos el Cobre de Chile” u “ONG Chile-Cobre”, solicita que «en la toma de razón del decreto promulgatorio del Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, sea representado al Sr. Presidente de la República, por adolecer de evidente ilegalidad e inconstitucionalidad en la forma y en el fondo».

«En virtud del artículo 99 de la Constitución Política de la República y del artículo 10 de la ley 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, me permito solicitar a Ud., no tomar razón del decreto promulgatorio del “Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico”, por cuanto resulta ostensible e incuestionable, que dicho tratado transgrede flagrantemente nuestra Carta

Fundamental, tanto en la forma como en el fondo, al imponer normativa contraria a nuestro orden constitucional y legal, de manera antijurídica y contraria a nuestro derecho», planteó el académico.

.Cabe recordar que el ministro de Hacienda Mario Marcel confirmó que el Presidente Gabriel Boric suscribirá el TPP-11 y que Chile empezaría a operar con el tratado desde comienzos de 2023.

«El Presidente va a suscribir el tratado, se va a formalizar y vamos a comenzar a operar en el TP11 ya desde comienzos del próximo año», indicó el secretario de Estado en un seminario organizado por el Club Monetario, realizado a principios de este mes.

En su carta, el abogado y economista le expone al contralor las razones fácticas y jurídicas por las que le solicita no tomar razón.

A continuación el texto íntegro al que tuvo acceso El Ciudadano:

14 de diciembre de 2022

Sr.

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

Presente

Solicita que en la toma de razón del decreto promulgatorio del Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, sea representado al Sr. Presidente de la República, por adolecer de evidente ilegalidad e inconstitucionalidad en la forma y en el fondo

Estimado Sr. Contralor General de la República:

En virtud del artículo 99 de la Constitución Política de la República y del artículo 10 de la ley 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, en adelante CGR, me permito solicitar a Ud., no tomar razón del decreto promulgatorio del “Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico”, en adelante CPTPP, por cuanto resulta ostensible e incuestionable, que dicho tratado transgrede flagrantemente nuestra Carta Fundamental, tanto en la forma como en el fondo, al imponer normativa contraria a nuestro orden constitucional y legal, de manera antijurídica y contraria a nuestro derecho, y por las razones de fácticas y jurídicas que paso a desarrollar y exponer.

La Constitución Política de la República, en adelante CPR, dispone en su artículo 99:

Artículo 99.- En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República dispone:

“Artículo 10°. El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de su recepción, que el Contralor podrá prorrogar hasta por otros quince días, si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada. No obstante, deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros”(Lo destacado es nuestro).

Esto significa que el Sr. Contralor General de la República, tiene facultades tanto constitucionales como legales, para no tomar razón de un decreto promulgatorio de una ley, y el CPTTP lo es en virtud del artículo 54 N° 1 de la CPR, si este infringe tanto disposiciones constitucionales como legales.

#### I. - INCONSTITUCIONALIDAD EN LA FORMA

El CPTTP infringe diversas disposiciones constitucionales, tanto en la forma como en el fondo. Respecto de la inconstitucionalidad en la forma, el CPTTP somete las controversias por inversiones extranjeras en Chile, a tribunales arbitrales internacionales ad-hoc. Se refieren a ello los capítulos 9 y 28 del CPTTP.

El capítulo 9, llamado “Inversiones”, en el artículo 9.19: “Sometimiento de una controversia a arbitraje”, establece: “1. Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses a partir de la recepción por parte del demandado de una solicitud por escrito para la realización de consultas de conformidad con el Artículo 9.18.2 (Consultas y Negociación):

(a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje de conformidad con esta Sección una reclamación:

(i) que el demandado ha violado:

(A) una obligación establecida en la Sección A;

(B) una autorización de inversión; o

(C) un acuerdo de inversión; y

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de, o como resultado de esa violación; y

(b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que es una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje de conformidad con esta Sección una reclamación en el sentido de:

(i) que el demandado ha violado:

(A) una obligación establecida en la Sección A;

(B) una autorización de inversión; o

(C) un acuerdo de inversión; y

(ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de, o como resultado de, esa violación, siempre que el demandante pueda someter una reclamación de violación de un acuerdo de inversión de conformidad con el subpárrafo (a)(i)(C) o (b)(i)(C) únicamente si el asunto objeto de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o que se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión pertinente (...)

El demandante podrá someter una reclamación a la que se refiere el párrafo 1 conforme a alguna de las siguientes alternativas:

(a) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;

(b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que o el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI;

(c) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o

(d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje”(Todo lo destacado es nuestro).

Como lo acreditan estas disposiciones, el CPTPP dispone que las inversiones en el territorio de la República, de inversionistas de los países que conforman este tratado, en caso de controversia con el Estado chileno, no se someterán a los tribunales chilenos, sino que podrán, es decir, el eventual contendor de la República de Chile, puede, recurrir a tribunales arbitrales internacionales, que se establecen en el capítulo artículo 9.19, del capítulo 9.

Pero no solo el Estado chileno podrá ser demandado por un inversionista extranjero, sino también las empresas del Estado, porque si este inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud o como resultado de esa violación, de un contrato de parte de una empresa controlada por el Estado, como Codelco, Enap, Enami, Metro S.A., Banco del Estado, Empresas portuarias, etc., según lo dispone el punto (b) de este artículo, reproducido más arriba.

Pero esta cesión o renuncia de soberanía del Estado chileno a tribunales internacionales, es además inicuo, puesto que el sometimiento a arbitraje internacional concierne principalmente una autorización o un acuerdo de inversión del capítulo 9 “Inversiones”, que podrán solicitar los inversionistas de los países que conforman el CPTPP, pero también inversionistas de países con los cuales Chile no ha firmado un Tratado de Libre Comercio (Artículo 9.10), lo que es absolutamente discriminatorio y arbitrario, por lo que infringe, además, el N° 22 del Artículo 19 de la CPR. Y es también inicuo y arbitrario, puesto que el Estado de Chile o sus empresas no pueden demandar a un inversionista extranjero, si es él quien ha infringido daño, producto de la violación de un acuerdo o contrato.

## 2.2.- El capítulo 28, llamado Solución de Controversias.

Si bien es cierto, la casi totalidad de los artículos de este capítulo se refieren a las controversias entre Estados, sin embargo, casi al final del capítulo, cuando pareciera que todo está bien, en la Sección B, sobre Procedimientos Internos y Solución de Controversias Comerciales Privadas, aparecen subrepticamente normas que prohíben el derecho interno para la solución de los litigios entre los particulares de los países

integrantes de este tratado, y se obliga a recurrir a tribunales arbitrales internacionales, como lo disponen los 2 siguientes artículos:

#### Artículo 28.22 Derechos de Particulares

Ninguna Parte otorgará un derecho de acción conforme a su ordenamiento jurídico contra cualquier otra Parte con fundamento en que una medida de esa otra Parte es incompatible con sus obligaciones conforme a este Tratado, o que la otra Parte ha incumplido de alguna otra manera con sus obligaciones conforme a este Tratado.

#### Artículo 28.23: Medios Alternativos para la Solución de Controversias

Cada Parte, en la mayor medida posible, promoverá y facilitará el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

Para este fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos de arbitraje y para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de tales controversias.

Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2 si es parte de y se ajusta a las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958”(lo destacado es nuestro).

Por lo tanto, el artículo 9.19 “Sometimiento de una reclamación a arbitraje” y el Capítulo 28 de “Solución de Controversias”, modifican las atribuciones y la organización de los tribunales chilenos, lo que modifica y vulnera la Constitución Política de la República, en sus artículos 76, 77 y 19 N° 3 y la Ley Orgánica Constitucional de la Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia. Lo que hace necesario reproducir parte de los artículos 76 y 77 de nuestra Carta Magna.

“Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Todas las causas civiles o criminales, solo pueden ser resueltas por los tribunales que establece la ley, y ni el Presidente de la República ni el Congreso, pueden ejercer funciones judiciales, sin embargo, por la vía de suscripción de este tratado lo han hecho, al permitir con el CPTTP, que tribunales arbitrales extranjeros ad-hoc, puedan avocarse a resolver litigios con inversionistas extranjeros en nuestro territorio. Pero fuera de esta inconstitucionalidad formal, se agrega otra de mayor importancia en este caso:

“Artículo 77.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales  
Ya hemos fundamentado que el CPTTP en sus artículos 9.19, 9.22, 28.22 y 28.23 modifica la organización y atribuciones de los tribunales chilenos, por lo que dichos artículos son materialmente contrarios a nuestra Constitución o inconstitucionales en la forma, porque sobre esta materia el derecho interno es explícito y

excluyente, se debió oír previamente la Excm. Corte Suprema, lo que no se hizo, generándose por esta sola razón, irremediable la inconstitucionalidad en la forma del CPTTP.

Artículo 9.22: Selección de los Árbitros.

Este artículo dispone que los tribunales arbitrales que establece el CPTTP, son ad-hoc, es decir, se crean con posterioridad a que el litigio ha sido interpuesto, y se crean con el fin de resolver dicho litigio. Dichos árbitros no son jueces sino abogados, es decir, son comisiones especiales para dirimir un determinado conflicto. Así lo establece el artículo 9.22: Selección de Árbitros.

“1. A menos que las partes contendientes acuerden algo diferente, el tribunal es El Secretario General servirá como autoridad nominadora para un arbitraje conforme a esta Sección.

Si un tribunal no ha sido constituido dentro del plazo de 75 días después de la fecha en que la reclamación es sometida a arbitraje conforme a esta Sección, el Secretario General, a solicitud de una de las partes contendientes, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que no hayan sido designados. El Secretario General no designará a un nacional del demandado o de la Parte del demandante como árbitro presidente a menos que las partes contendientes acuerden algo diferente”.

En consecuencia, estos tribunales arbitrales ad.hoc, vulneran nuestra Carta Fundamental, por todo lo fundamentado anteriormente, y además, porque el artículo 9.22 del CPTTP, infringe también que establece el inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 de la CPR, que dispone:

“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Los árbitros que se designan en el artículo 9.22 del CPTTP, no son un tribunal creado por la ley de la República, y que se haya sido establecido con anterioridad a la controversia, sino con posterioridad a ello, todo lo cual vulnera flagrantemente el inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Todas las modificaciones que el CPTTP transforma y altera la organización y atribuciones de los tribunales chilenos, por lo que dichas vulneraciones son materialmente contrarias a nuestra Carta Magna, o inconstitucionales en la forma, porque en esta materia el derecho interno es explícito y excluyente, se debió oír previamente la Excm. Corte Suprema, lo que no se hizo, y generándose irremediable la inconstitucionalidad en la forma del CPTTP.

El CPTTP, además, al modificar la jurisdicción de los tribunales chilenos, debió obligatoriamente ser tramitado y aprobado con el quórum 4/7 de ley orgánica constitucional, en razón que así lo dispone expresamente el N° 1 del artículo 54 de nuestra Carta fundamental. “La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. Sin embargo, vulnerándose esta disposición constitucional, el CPTTP fue tramitado y votado en el Congreso Nacional como ley ordinaria, contrariando abiertamente nuestro ordenamiento jurídico, pues es indiscutible que debió ser tramitado y votado con el quórum de 4/7, es decir con el quórum de una ley orgánica constitucional, lo que además, vulneró los artículos 1° y 12° de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

### III. - LOS “SIDE LETTERS”

Fuera de la evidencia textual del CPTTP, en el sentido que las controversias quedan sometidas a tribunales arbitrales internacionales ad-hoc, es además de conocimiento público, que la solución de controversias, que

En efecto, tanto el Sr. Presidente de la República como la Sra. Ministra de Relaciones Exteriores, han sostenido públicamente que el CPTPP no será ratificado hasta fines de diciembre, hasta que sean suscritas “side letters” con varios países del CPTPP, con el objeto de evitar, precisamente, que la resolución de controversias con inversores de países del CPTPP no se materialicen ante tribunales arbitrales internacionales, como lo establece este tratado, y se litiguen o sometan, como es natural, a los tribunales nacionales del respectivo país, lo que sería permitido si se firman esas “side letters”. Según medios de prensa, ya se habrían firmado “side letters” con algunos países.

Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, es evidente la inconstitucionalidad en la forma del CPTTP, y en tal caso, se ha de estar a que “El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer”, me permito, en virtud, del artículo 10 de la Ley 10.336 y 99 de nuestra Carta Magna, solicitarle Sr. Contralor General, que al tomar razón del decreto promulgatorio del CPTTP, lo represente al Sr. Presidente de la República, por adolecer de ilegalidad e inconstitucionalidad.

### III.- INCONSTITUCIONALIDAD EN EL FONDO

• • • •

Si bien este capítulo contiene numerosas disposiciones meramente declarativas y de buenas intenciones en defensa del medio ambiente, un análisis cuidadoso permite discernir la consagración de normas materiales, entre las declaraciones de buenos oficios, que privilegian y hacen prevalecer claramente el comercio y la

inversión, por sobre el cuidado del medio ambiente, contraviniendo nuestro derecho constitucional, artículo N° 8°, así se colige de las siguientes regulaciones:

Artículo 20.2, párrafo 3, que establece:

“Las Partes además reconocen que es inapropiado establecer o utilizar sus leyes ambientales u otras medidas de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión entre las Partes”.

El artículo 20.3 en los párrafos 4 y 5 disponen:

“4. Ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte”.

Las partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho a ejercer discrecionalidad y a tomar decisiones respecto a: (a) asuntos de investigación, judiciales, regulatorias y de cumplimiento; y (b) la asignación de recursos para la aplicación ambiental con respecto a otras leyes ambientales, a las que se les haya asignado una mayor prioridad. Por consiguiente, las Partes entienden que con respecto al cumplimiento de leyes ambientales, una Parte está cumpliendo con el párrafo 4 si un curso de acción o inacción refleja el ejercicio razonable de esa discrecionalidad, o resulta de decisiones de buena fe respecto a la asignación de esos recursos de conformidad con las prioridades para la aplicación de sus leyes ambientales” (Lo destacado es nuestro).

Des estos artículos se desprende que, si una ley u otra disposición chilena, de carácter medioambiental, puede ser considerada o resultar en una eventual restricción al comercio y la inversión entre las Partes, o que el cumplimiento de leyes ambientales sea considerado un ejercicio razonable y de buena fe, todo lo cual, será determinado por los tribunales arbitrales que establece este Tratado, con lo cual desaparecen todas las numerosas declaraciones de buenas intenciones que cada país miembro del CPTPP, podría supuestamente llevar a cabo en la protección del medio ambiente, lo mismo acontece con el derecho interno y la supremacía constitucional que nuestro orden jurídico consagra como derecho natural a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En aplicación de estos artículos, un inversionista de Rusia, Pakistán o Gabón, que no son Partes del CPTPP, pueden instalar en el desierto chileno, un establecimiento o empresa para procesar y/o guardar residuos nucleares de cualquier planta nuclear del mundo, o procesar o guardar otros residuos químicos peligrosos, y dicha inversión no podríamos rechazarla en aplicación del artículo 9.10, Requisitos de Desempeño, porque podría ser demandado en un tribunal arbitral internacional, por restricción encubierta al comercio o inversión internacional.

De tal forma, nuestro país queda evidentemente expuesto, por ejemplo, a que se instalen empresas de Estados miembros, dedicadas al bodegaje o administración de residuos nucleares, tales residuos deben ser manipulados durante varias centenas de años, para que puedan perder su nocividad. Esta manipulación en un lugar sísmico como Chile requiere de instalaciones mucho más seguras. A esta realidad, se puede agregar una probabilidad aún más peligrosa. Las empresas que pudieran instalarse en Chile con este propósito, podrían durante algunos años recibir gran cantidad de residuos nucleares o peligrosos, en Chile, recibiendo el pago que corresponda por ello, y luego quebrar o desaparecer de la vida jurídica, pudiéndose

dejar abandonados residuos, sin que nadie se ocupe de su seguridad, y en tal caso, Chile no podrá reenviarlos a ningún otro país, ni tampoco podrá demandar a las empresas ya desaparecidas.

Y esto no es una simple elucubración, puesto que ya tenemos el ejemplo en Chile, puesto que en el Cerro Chuño de Arica, entre 1982 y 1986, se depositaron cerca de 20.000 toneladas de residuos químicos peligrosos, de la empresa sueca Bolliden Metal, que después quedaron abandonados, con gran daño para el medio ambiente y sobre todo en la salud de la de los habitantes de Chile, sin perjuicio del gran costo económico que ha significado para el Estado chileno.

Es evidente que los artículos 20.2 y 20.3 del CPTPP, adolecen de una inconstitucionalidad de fondo, por violar o poner en un estatus superable el N° 8 del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental.

Fuera de esta inconstitucionalidad, es inconcebible y resulta una verdadera aberración que, existiendo conciencia de que el cambio climático está instalado en el mundo y en nuestro país en particular, se sigan pretendiendo instalar normativa que privilegia los negocios e interés particular ajeno, por sobre la defensa de los ecosistemas y de la propia vida humana.

Artículo 2.15: Aranceles, impuestos y otros cargos a la exportación

Salvo por lo dispuesto en el Anexo 2-C (Aranceles, impuestos y otros cargos a la De tal manera, este artículo impide que nuestro país pueda darle valor agregado a la exportación de materias primas, al impedir que se puedan establecer impuestos diferenciados a esas materias primas, como un medio para incentivar a dichas empresas a darle valor agregado e industrializarlas en Chile.

Por ejemplo, no se podría establecer un impuesto a la exportación de concentrados, de manera a incentivar a estas empresas a fundir y refinar el cobre en Chile. En el litio no se podrá establecer un impuesto alto para la exportación de salmuera de litio, otro más bajo para la exportación de carbonato de litio, aún más bajo para la exportación de hidróxido de litio o litio metálico, y cero impuesto para las exportación de baterías de litio u otros productos manufacturados en base al litio. No se podría establecer un impuesto alto para la exportación de madera en bruto o astillas de madera, uno más bajo para la celulosa, y sin impuestos para la exportación de papel, aglomerados o muebles.

Este artículo inhibe el desarrollo industrial, condenando a Chile a un rol de simple exportador de materias primas, lo que perjudica los intereses generales de la Nación, limita nuestra soberanía, y las facultades del Presidente de la República, que es el único, que en forme exclusiva, puede imponer, suprimir, reducir o condonar impuestos, por mandato del N° 1 del artículo 65 de la Constitución.

En consecuencia, el artículo 2.16 del CPTPP adolece de inconstitucionalidad en el fondo por infringir a la vez el inciso tercero del artículo 1° (bien común), artículo 5° (soberanía) y el N° 1 del artículo 65 de la Constitución. Se trata de una norma que abiertamente cercena las facultades del Presidente de la República, para imponer o suprimir tributos en el territorio de la República, sacrificando nuestra independencia tributaria en forma abiertamente contraria a los intereses de la nación.

Artículo 9.8: Expropiación e indemnización

Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación) salvo que sea:

(a) por causa de propósito público;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, conforme a los párrafos 2, 3 y 4, y

(d) con apego al principio del debido proceso legal.

La indemnización deberá:

(a) ser pagada sin demora;

(b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación);

(c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y

(d) ser completamente liquidable y libremente transferible” (Lo destacado es nuestro).

Fuera de la inconstitucionalidad de fondo, que desarrollaremos más adelante, este artículo, pretende hacer equivalentes o similares los conceptos “expropiación” y “nacionalización”, lo que resulta contrario a la doctrina tanto nacional como internacional en esta materia, y a la jurisprudencia administrativa y judicial, tanto nacional como internacional.

En efecto, después de la Segunda Guerra Mundial, Francia y el Reino Unido realizaron numerosas nacionalizaciones de paneles completos de la industria. Francia en particular, nacionalizó toda la industria Renault, sin considerar indemnizaciones. En 1938, México nacionalizó la maquinaria, instalaciones, edificios, refinerías, estaciones de distribución, embarcaciones, oleoductos y, todos los bienes muebles e inmuebles, de las 17 empresas extranjeras que explotaban el petróleo mexicano, y determinando que la indemnización se pagaría en 10 años.

Esto demuestra y expresa que existe “jurisprudencia” internacional en materia económica, y que la propia costumbre internacional comercial, comprende una indemnización por nacionalización, que puede tener formas y plazos que nada tienen que ver con la expropiación de un bien en particular. Por lo tanto, el artículo 9.8 del CPTPP, al hacer semejantes en forma implícita los conceptos de expropiación y nacionalización, lo que persigue en la práctica, es impedir que un Estado, en virtud del interés nacional, pueda nacionalizar una industria o un sector económico, al hacer onerosa e impagable la nacionalización.

La Resolución 1803, de 1962, de la Organización de Naciones Unidas (ONU), declaró:

“1. El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado (...)

La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero”.

Es evidente que para las Naciones Unidas, los conceptos de nacionalización, expropiación o requisición, no son equivalentes, y por esa razón, en 1972, el profesor Eduardo Novoa Montreal, principal redactor de la Reforma Constitucional de la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre, en 1971, en su libro “La Batalla

por el Cobre”, Editorial Quimantú, 1972, pag. 101, definió las diferencias entre los conceptos de nacionalización y expropiación.

“Una nacionalización difiere jurídicamente en varios aspectos de una expropiación, que es el medio tradicionalmente establecido en las legislaciones burguesas para que por razones de utilidad pública se prive a algún individuo de su propiedad privada para ponerla a disposición del Estado o de algún fin público. Porque la expropiación recae sobre bienes determinados y concretos, generalmente inmuebles, de los que se desposee a su propietario por razón de utilidad pública mediante un acto administrativo, a fin de destinarlos a una finalidad también determinada y concreta (construcción de caminos, ferrocarriles, aeropuertos, etc.)

La nacionalización, en cambio, es un acto supremo de gobierno, destinado a cambiar el régimen de explotación o aprovechamiento de conjuntos de bienes, riquezas o actividades, por razones de orden superior, que se conectan con una nueva forma de apreciar y encarar las condiciones y necesidades de la economía nacional y de la vida social, mediante la transformación de la actividad o propiedad privadas en actividad o propiedad colectivas, las cuales son tomadas a su cargo y adquiridas por el Estado, en cuanto representante de la colectividad, para que en adelante ellas se exploten y aprovechen conforme a las necesidades y exigencias generales...

En el libro “Los Bienes y los derechos reales”, de los profesores A. Alessandri y Manu “c) caracteres de la nacionalización; sus diferencias con la expropiación.-

1) Por regla general, la nacionalización se refiere a empresas industriales, comerciales o de servicios o a toda una categoría de bienes, Este último caso se da, por ejemplo, cuando se ordena que todos los hidrocarburos pasen al dominio del Estado, o se adopta la misma norma para los yacimientos de pechblenda, mineral que rinde aproximadamente de 50 a 80 por ciento de uranio, preciado elemento radiactivo, cuya producción diaria en todo el mundo no pasa de unos pocos kilogramos, Ahora bien, la expropiación, al contrario de la nacionalización, recae sobre bienes específicos.

2) La nacionalización tiene por finalidad exclusiva incorporar al dominio del Estado las cosas que afecta y obsta a que en el futuro ellas puedan ser de apropiación privada, a menos, naturalmente, que se desnacionalicen, como aconteció en Gran Bretaña con los transportes por carretera y la industria del hierro y el acero. Dichas actividades habían sido nacionalizadas por el gobierno laborista mayoritario que hubo en el período 1945-1950; más tarde, el gobierno conservador, aunque mantuvo la mayoría de las nacionalizaciones de otras industrias y actividades, creyó conveniente aprobar la restauración de la propiedad privada de los transportes por carretera y la industria del hierro y el acero. Pero, repetimos y subrayamos, por sí sola la nacionalización impide que se incorporan al patrimonio nacional puedan después ser objeto de apropiación privada. Otra es la pauta tratándose de la expropiación, que no obsta a la ulterior apropiación privada, y muchas veces, precisamente, es expropia para traspasar el dominio a otros particulares, Así ocurre con las expropiaciones que la hace la Corporación de la Vivienda de los terrenos privados a fin de levantar casas u edificios de departamentos para transferirlos a los que a través de ella adquieren sus habitaciones.

3) La expropiación supone, en la mayoría de los países (en el nuestro sólo en algunos casos), el pago previo de la indemnización; además, siempre la indemnización debe ser completa, íntegra, o sea, conmutativa, proporcional al valor de la cosa que se sustrae del patrimonio del particular, Por el contrario, la nacionalización trae como consecuencia el pago de una indemnización que no necesita ser previa ni

equivalente al valor total o completo de las empresas o bienes afectados; basta que sea «adecuada» a la circunstancias y, en consecuencia, su monto se regula atendiendo a diversos factores, como el excesivo lucro obtenido por el particular mientras explotó el bien ahora nacionalizado, la capacidad de pago del Estado que expropia, etc.”

La Comisión Redactora de la actual Constitución, especialmente en la sesión 170 del 24 de noviembre de 1975, llegó a un cierto consenso que la indemnización por expropiación debe ser previa y al contado, y “recae sobre bienes que tienen la calidad de especie o cuerpo cierto para cumplir un objeto de bien público determinado”, mientras que la expropiación por interés nacional, es decir por nacionalización, la indemnización podría ser a 10 o 15 años, y “recae sobre un conjunto genérico de bienes destinados a una actividad, o sobre empresas dedicadas a ello, consideradas siempre como una universalidad”.

De la historia fidedigna de nuestra Constitución, consta en forma muy explícita, que la expropiación difiere considerablemente no solo en cuanto al objeto y los bienes sobre los cuales recae, sino también en cuanto al monto y plazo de su indemnización, y no resulta aceptable en nuestro Estado de Derecho, que el CPTPP innove en estos conceptos jurídicos, de tanta trascendencia, borrando la letra y espíritu de esta norma constitucional, sin contar con las mayorías necesarias para ello.

Nuestra Carta Fundamental, en el inciso tercero del N° 24 del artículo 19, autoriza y regula la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, en virtud de una ley. La indemnización por el daño patrimonial debe ser fijada por acuerdo, y a falta de acuerdo, es posible recurrir a los tribunales ordinarios, mientras que el artículo 9.18 del CPTPP, permite que el expropiado recurra a tribunales arbitrales internacionales, lo que es inconstitucional, porque infringe el inciso tercero del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, estableciendo además una grave diferenciación con los naturales de Chile y sus prerrogativas ante un proceso expropiatorio, es decir esta normativa que contiene el tratado inconstitucional en esta materia impone una severa desigualdad ante la ley, lo que desde luego deja en letra muerta las más clásicas y esenciales normas sobre igualdad que informan nuestro Estado de Derecho.

Cuando se trata de una expropiación, el artículo 9.8 del CPTPP, al disponer que la indemnización deberá “ser pagada sin demora”, es en cierto aspecto similar a lo que dispone nuestra Constitución, pero, difiere considerablemente en la indemnización por nacionalización, que establece nuestra Constitución.

Nuestra Carta Fundamental, si bien actualmente ni siquiera menciona el concepto de nacionalización en su articulado permanente, sin embargo, la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución de 1925, que es parte integrante de la actual Constitución, porque así lo dispone expresamente la Disposición Tercera Transitoria de la Constitución de 1980, dispone en la letra d) que:

“El Presidente de la República fijará, además, en dicho decreto supremo, el plazo, interés y forma de pago de la indemnización, no pudiendo ser el plazo superior a treinta años ni ser el interés inferior al tres por ciento anual. La indemnización será pagadera en dinero, a menos que las empresas nacionalizadas acepten otra forma de pago” (Lo destacado es nuestro).

El plazo que se estableció y que permanece vigente en la Constitución, por la indemnización por nacionalización de la gran minería del cobre, puede alcanzar hasta los 30 años.

Además, el artículo 9.8 del CPTPP, al no excluir expresamente a la gran minería del cobre, y en particular los derechos mineros o yacimientos mineros, del pago de una indemnización al valor de mercado, adolece

de inconstitucionalidad porque viola el inciso tercero de la letra a) de disposición decimoséptima transitoria de la Constitución de 1925 que dispone:

«En conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del N° 10 del artículo 10 no habrá lugar a indemnización alguna por los derechos sobre yacimiento mineros».

El no pago de indemnización por la nacionalización o incluso expropiación de con  
«El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas».

No existe derecho de propiedad más absoluto, en toda nuestra Carta Fundamental, que el que se establece por el dominio, exclusivo e inalienable e imprescriptible de todas las minas en favor del Estado, y es este derecho soberano que quiere conculcarnos el artículo 9.8 del CPTPP, lo que es muy grave, porque la inversión extranjera en la minería es de muy lejos la más importante de todas en nuestro país.

Si bien Chile solo ha otorgado concesiones de exploración y explotación en minería, es decir derechos intangibles, el capítulo 9 del CPTTP también se refiere a ellos, puesto que el artículo 9.1 Definiciones, el concepto inversiones significa:

“todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que una inversión puede adoptar incluye:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, valores y otras formas de participación en el capital de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (...)
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de c
- (h) otros derechos de propiedad tangible o intangible, muebles o inmuebles y der

Al final del Capítulo 9, Se vuelve a insistir sobre derechos intangibles y expec  
“Las Partes confirman su común entendimiento de que:

Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

El Artículo 9.8.1 (Expropiación e Indemnización) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

La segunda situación abordada por el Artículo 9.8.1 (Expropiación e Indemnización) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores (...)

(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas ine

Queda entonces en evidencia que si Chile expropia o nacionaliza una concesión minera, que es un derecho de propiedad intangible, o si una concesión vial no genera las expectativas razonables de una inversión, puede ser demandado en tribunales arbitrales internacionales, puesto que se debe tener presente, que son las empresas mineras, en un 60% canadienses, las que más han demandado, en el CIADI, a Estados latinoamericanos, siendo las causas principales de las demandas, la expropiación indirecta, plena protección y seguridad, el trato equitativo y la expropiación directa.

Chile debió haber hecho prevalecer el derecho constitucional interno, en lo referente a la expropiación y/o nacionalización de los yacimientos mineros, así como en el anexo 9-C, se permite que en la expropiación de la tierra en Singapur y Vietnam, se deba recurrir a la legislación nacional interna, lo que también se le permite a Brunei y Malasia. En este mismo anexo 9-C, Chile, de lejos primer productor mundial de cobre y segundo de litio, pudo y debió también incluir que en la nacionalización de concesiones mineras prevalezca la legislación nacional. Si Chile no lo solicitó, es un claro indicio de entregar soberanía.

Artículo 9.10, llamado “Requisitos de Desempeño”, dispone:

Ninguna Parte podrá, en conexión con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de una no Parte en su territorio, imponer o hacer cumplir cualquier requisito, o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso:

(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;

(b) para alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

(c) para adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su

El CPTTP, más que un tratado de “libre” comercio, resulta más bien un tratado de coacciones al Estado chileno, que le impiden disponer de políticas públicas para el desarrollo económico y social del país, que permitan promover el bien común. Precisamente el artículo 9.10 del CPTTP, al impedir que el Estado pueda imponer a un inversionista extranjero, cualquier forma de disposición de una inversión, como por ejemplo, que el Estado chileno pueda disponer que el concentrado de cobre sea fundido y refinado en Chile, que el litio sea industrializado en Chile, que los aglomerados sean fabricados en Chile en vez de exportar astilla de madera, etc.

Pero este artículo, es inconstitucional porque infringe el N° 22 del Artículo 19 de la Constitución, al ser discriminatorio y arbitrario, al disponer que él se aplica también a inversionistas de una no parte, es decir de países no comprendidos en este tratado, lo que es de una arbitrariedad y discriminación evidente.

#### IV.- CONSIDERACIONES GENERALES

Con el CPTTP, hoy nos encontramos en una evidente entrega de soberanía nacional a poderosos conglomerados financieros transnacionales, y algunos órganos del Estado han fallado en salvaguardar nuestra soberanía, pero queda un último órgano del Estado, Ud. Sr. Contralor General de la República, que tiene las facultades legales y constitucionales, para resguardar nuestra soberanía, representando al Sr. Presidente de la República el decreto promulgatorio del CPTTP. En realidad existe otro órgano del Estado que puede también actuar en este resguardo, el Excmo. Tribunal Constitucional, pero este último solo puede actuar en la medida que Ud. Sr. Contralor General de la República, cumpla con el rol sustancial que le entrega su ley orgánica y la Constitución Política de la República.

Solicitud que efectúo por si, como abogado, y como Presidente de la “Organización No Gubernamental Recuperemos el Cobre de Chile” u “ONG Chile-Cobre”.

Saluda atentamente a Ud.

Julián Alcayaga Olivares

Abogado

Presidente de la ONG Chile-Cobre

**Sigue leyendo:**

**«Esto ya no es minería, es simplemente extractivismo»: La sólida intervención de Julián Alcayaga en la Convención por la re-nacionalización del cobre y el litio**

**Ministro de Hacienda confirmó que Boric suscribirá el TPP-11: Entrará en vigencia a comienzos de 2023**

**Senador Bianchi lamentó rechazo del TC a recurso contra el TPP-11 y criticó «inconsecuencia» de Boric: «Pudiendo hacer algo no hizo nada»**

---

Fuente: El Ciudadano