

## Constitucionalismo y constitucionalización del derecho internacional de las inversiones. ¿Buenas noticias para los Estados o para los inversionistas?

Ricardo de Urioste Samanamud\*

### RESUMEN

El artículo parte del concepto político-jurídico del constitucionalismo o constitucionalismos y se pregunta por las implicancias que estos conceptos tienen sobre los conceptos económicos de constitucionalismo y constitucionalización relacionados con el derecho internacional de las inversiones. Específicamente, se pregunta si el debate teórico relativo a los conceptos de constitucionalismo que existen en la vertiente político-jurídica tienen alguna implicancia sobre el debate relativo a la constitucionalización del derecho internacional de las inversiones y la problemática de la falta de coherencia y consistencia en los fallos arbitrales del derecho internacional de las inversiones. El artículo concluye en responder qué efectos tendría dicha extrapolación de conceptos teóricos en el balance de las probabilidades de éxito de Estados versus inversionistas en el arbitraje internacional.

*Palabras clave:* Constitucionalismo, constitucionalismos, constitucionalización, régimen internacional, derecho internacional de las inversiones, arbitraje internacional.

### Constitutionalism and Constitutionalization of International Investment Law

#### ABSTRACT

The article starts from the political-juridical concept of constitutionalism or constitutionalisms and asks for the implications that these concepts may have for the economic concepts of constitutionalism and constitutionalization related to international investment law. Specifically, the article asks itself if the theoretical debate relative to the political-juridical concepts of constitutionalism have any implications on the debate regarding the constitutionalization of international investment law and the problems of lack of coherence and consistency displayed by the arbitral awards

---

\* Profesor de Derecho Internacional Económico, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad San Ignacio de Loyola (USIL), Consultor en Derecho Internacional Económico, Relaciones Económicas Internacionales, Arbitraje Internacional. Lima, Perú. Abogado, LL.M. University of Chicago, M.Sc. Economía Política Internacional London School of Economics & Political Science, Diploma Internacional de Administración Pública (Relaciones Internacionales) École Nationale d'Administration (ENA). Correo electrónico: rdeurioste10@hotmail.com

of international investment law. The article concludes in answering what would be the effects of the extrapolation of said theoretical concepts over the balance of probabilities of success for States and investors in international arbitration.

*Keywords:* Constitutionalism, constitutionalisms, constitutionalization, international regime, international investment law, international arbitration.

## 1. Introducción

Este trabajo conlleva varias dificultades, pero afortunadamente no tiene por qué tomar partido ni zanjar en un debate conceptual tan difícil como el que sostienen las dos vertientes principales y opositoras del constitucionalismo: los denominados constitucionalismo «principalista o argumentativo» y constitucionalismo «normativo o garantista».

La principal razón por la que se me exige de esta responsabilidad es porque este trabajo pretende, sobre todo, hallar cómo es que los conceptos y categorías propios del constitucionalismo, o más bien, deberíamos decir, constitucionalismos, destilan conceptos interesantes o resultan aplicables en el debate que se sostiene en el marco del derecho internacional de las inversiones, pero que gira en torno a un concepto distinto de constitucionalismo o constitucionalización, esta vez de naturaleza económica.

Efectivamente, Stephan Schill nos ayuda mucho al formular claramente esta distinción entre constitucionalismo económico y lo que aquí denominaremos constitucionalismo político, en un acertadísimo pie de página:

The reference to a «constitutional function» of investment treaties is not related to the democratic understanding of constitutionalism by proponents of «political constitutionalism» but to the notion of «economic constitutionalism» that views the function of constitutions in establishing principles and rights for the organization of the economy (Schill, 2009, p. 3).

En conclusión, al hablar de constitucionalismo económico estaremos hablando de una función constitucional para la economía globalizada en el sentido de principios generales, en este caso, particulares a las relaciones internacionales en materia de inversión.

Por otro lado, en el campo del constitucionalismo político, sin importar cuál de sus vertientes se adopte, se puede afirmar sin temor a equivocarse que este constitucionalismo, también denominado «neo-constitucionalismo», aunque esta denominación no resulta pacífica en la doctrina, busca asegurar un tránsito, una evolución hacia dar un mayor contenido y, sobre todo, un mayor nivel de eficacia y de aplicación efectiva de los derechos y garantías constitucionales.

Este denominador común dentro del constitucionalismo político queda ilustrado en el debate entre las versiones «principalista o argumentativa» y «normativa y garantista», tal y como resume Manuel Atienza (2011):

En definitiva, yo diría que mi acuerdo con Ferrajoli es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar «sustantivas». Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las «promesas» constitucionales se conviertan en realidades (p. 85).

A partir de estos elementos preliminares cabe preguntarse si la versión económica del constitucionalismo no resulta afín o incluso igual a la versión política del constitucionalismo, es decir, si el constitucionalismo económico no es otra cosa que la continuación del constitucionalismo político en otro contexto. ¿Cómo así? Debido a que finalmente podría sostenerse que ambos planteamientos no buscan otra cosa que el afianzamiento y efectividad de un espacio de garantías para los individuos frente a la amenaza siempre presente de avasallamiento de esos derechos por parte de la autoridad estatal (o de otros individuos).

La aplicación de dicha fórmula resulta clara en el caso del constitucionalismo político o filosófico-jurídico, pero ¿cómo operaría en el caso del constitucionalismo económico? Pues se trataría de garantizar al individuo el disfrute de su derecho a la propiedad y a la libre empresa, pero maximizando dicha garantía a través de la implantación de un régimen internacional de protección de esos derechos, escapando de tal suerte a las posibles veleidades (incluso a nivel constitucional) de los gobiernos nacionales.

Sin embargo, si ello es así ¿por qué la constitucionalización o constitucionalismo en el campo del derecho internacional económico ha sido tan criticado por la literatura especializada y más aún cuando se trata de la pretendida constitucionalización del derecho internacional de las inversiones?

A fin de responder a estas preguntas deberemos primero explicar con mayor detalle las características y elementos centrales de ambos constitucionalismos, analizar qué elementos presentan en común y estudiar si resulta de utilidad y hasta qué punto el transplante de dichos elementos y conceptos o el diálogo entre ellos.

Ese análisis se realizará a la luz y con un objetivo puntual: valorar si ese diálogo o remisión de conceptos desde y hacia los arbitrajes internacionales de inversión inclina, *a priori*, la balanza hacia los inversionistas o hacia los Estados en el marco de los arbitrajes internacionales en los que solucionan sus controversias en materia de inversiones.

## 2. El debate sobre la constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: el arbitraje internacional de inversiones como un nuevo orden constitucional supranacional

¿Exactamente de qué estamos hablando al referirnos a constitucionalización o constitucionalismo en el ámbito del derecho internacional económico? Como bien expresa Trachtman, constitucionalismo es una postura que aboga porque dicho sistema que debe regular las relaciones económicas internacionales posea una estructura que revista en mayor medida una naturaleza «constitucional», vale decir que abogue por la mayor «constitucionalización» del sistema<sup>1</sup>.

Este debate aterrizó en el ámbito más específico que nos ocupa en este trabajo, el derecho internacional de las inversiones, a partir de múltiples y esenciales preguntas respecto a la naturaleza que posee ese derecho. Por ejemplo, cuál es el valor interpretativo de la decisión o laudo de un tribunal arbitral interpretando el acuerdo de inversiones entre los países A y B, para la solución de una controversia distinta en la que deba interpretar el mismo estándar de tratamiento (por ejemplo, no discriminación) pero esta vez contenido en el tratado entre los países C y D.

Otra pregunta conexa gira en torno a la configuración *de facto* de un régimen multilateral de las inversiones a partir de la red de más de tres mil acuerdos internacionales de inversión existentes que, podría argumentarse, repiten los mismos estándares de tratamiento de las inversiones extranjeras (trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, fórmula Hull en materia de compensaciones en casos de expropiación, etc.). ¿Acaso esto no configura un derecho internacional consuetudinario en materia de las inversiones? ¿No será en cambio que la consecuencia es más bien, una multilateralización de un régimen internacional en materia de inversiones que se ha cristalizado a partir de múltiples acuerdos bilaterales similares que además poseen una cláusula de nación más favorecida que no hace sino reforzar dicha multilateralización?

A partir de estas dudas surge una pregunta central para este trabajo: si se acepta la configuración de un régimen multilateral común para el tratamiento del capital extranjero a partir de esta red de acuerdos bilaterales, ¿acaso este régimen multilateral no equivale a un ordenamiento constitucional común internacional de las inversiones?

¿Cómo así constitucional? Porque repite las características esenciales del régimen constitucional económico que normalmente se plasman en constituciones nacio-

---

<sup>1</sup> 'Constitutionalism' refers to a position advocating more or greater constitutional structure: advocating constitutionalization (Trachtman, 2006, p. 630).

nales, tales como el señalamiento de un objetivo o marco político que informa al sistema (y que en este caso sería el neoliberal), la implementación de reglas generales con vocación de permanencia y de difícil modificación que a la vez constituyen garantías de derechos para personas naturales y jurídicas quienes también poseen un sistema de solución de controversias a las que tienen acceso directo a fin de garantizar la efectividad de tales derechos y garantías:

Unlike contracts, international investment law can thus be understood as serving a constitutional function for the emerging global economy. Like constitutions, they restrict State action and, as part of an international community in the functioning of the global economic system. Investment treaties comprise constitutional traits by establishing legal principles that serve as a yardstick for the conduct of States vis-a-vis foreign investors. Furthermore, investment treaties establish standards that can be effectively implemented by means of investor-State arbitration (Schill, 2009, p. 373).

En el mismo sentido, Afilalo compara y equipara esta evolución hacia la constitucionalización del derecho internacional de las inversiones con la que ha experimentado el sistema europeo, al des-estatizar sus mecanismos de ejecución de normas y brindar a los individuos la posibilidad de recurrir a un sistema de solución de controversias que garantice el efecto directo de las normas comunitarias:

The European experience shows that a system of state responsibility of the type established by Chapter 11 is the functional equivalent of a highly constitutionalized system of direct effect and preemption of treaty law. In the early 1990s, the European Court gave private parties a right to seek monetary damages from Member States for their failure to transpose European directives in national law (Afilalo, 2002, p. 35).

Cabría, antes que nada, preguntarnos si es que este proceso de constitucionalización del derecho internacional de las inversiones llega a ser susceptible de ser calificado como régimen y, específicamente, como régimen internacional.

Sobre este punto en particular nos apoyaremos en la definición acuñada por Stephen Krasner, recogiendo la mejor literatura en relaciones internacionales sobre las características que debe exhibir un régimen internacional para ser considerado como tal, a partir de los escritos de autores de la talla de Keohane y Nye, Haas y Bull:

Regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice (Krasner, 1982, p. 186).

No cabe duda que el orden que se deriva del derecho internacional de las inversiones califica como régimen a la luz de los elementos de la definición de Krasner. Se trata

de un sistema explícito de principios valorativos que sustentan una arquitectura de normas, reglas y procedimientos de toma de decisión (principalmente por la vía de tratados y organizaciones y organizaciones internacionales como el CIADI y el arbitraje que le sirve a este ordenamiento legal internacional como mecanismo de ejecución) y no cabe duda que las expectativas de los actores convergen alrededor del sistema, tanto así que la violación de las legítimas expectativas del inversionista resulta una importante causal de recusación del accionar de Estados.

El problema, claro está, va más allá, puesto que habiendo concluido que el derecho internacional de las inversiones constituye un régimen internacional, la crítica apunta que es un régimen que ha ido demasiado lejos al constreñir el accionar de los Estados participantes más allá del nivel de protección y garantías a los inversionistas democráticamente legitimizado en sus ordenamientos internos y asfixiante para las funciones del Estado de perseguir el bien público a través de sus capacidades regulatorias (Schneiderman, 2008; Van Harten, 2007). Además, prosigue esta crítica, este nivel de protección, huérfano de consenso político que lo soporte, presenta un nivel de rigidez de tipo constitucional gracias a su carácter supranacional y además una tendencia a la progresividad hacia un mayor nivel de protección de los intereses de los inversionistas debido al *etos* liberal que subyace e informa al régimen.

Conforme a Schneiderman, uno de los principales representantes de la crítica reseñada en el párrafo anterior, no cabe duda que existe una tensión inherente entre democracia y la llamada «constitucionalización del derecho internacional de las inversiones». Mientras el primero se basa y tiende a la libertad en el juego de las fuerzas políticas, el segundo tiende al diseño de y a promover un sistema económico general para todos los Estados, basado en un conjunto de reglas generales, relativamente inflexibles y con vocación de permanencia. Esta tesis comparte con Schill el concepto de constitucionalización o constitucionalismo económico referido en la Introducción de este trabajo y que lo entiende como la fabricación de un orden social sobre la base de una arquitectura institucional de creación de normas y el señalamiento de una serie de derechos fundamentales para los individuos que deben ser respetados por el referido ordenamiento. A partir de esta definición se considera que el régimen internacional aplicable a las inversiones comparte importantes características de tipo constitucional en la medida que traza reglas de protección de la inversión que son difíciles de modificar, trae aparejado un sistema de solución de controversias particular con sus propios mecanismo de ejecución y comparte un lenguaje y un efecto similar a las constituciones nacionales<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Este concepto de «constitucionalización» es común en la literatura anglosajona. Ver, por ejemplo: Schneiderman (2009), o Cass (2005).

Siempre siguiendo la crítica de Schneiderman, basándose en la apuntada tensión democracia-constitucionalismo, existirían dos modelos extremos de constitucionalización del proceso de globalización económica.

El primero, que podría llamarse la versión «reduccionista», que tendría como objetivo el imponer límites a la autoridad gubernamental vía la consagración supranacional de los intereses de los inversionistas y asignándoles el nivel más alto de protección en el sistema, de manera que se asegure la homogeneidad y uniformidad en la práctica de los Estados. Cabe resaltar que esta consagración se realizaría por la vía supranacional a fin de asegurar la mayor jerarquía de este orden sobre los sistemas constitucionales nacionales de los países y a su vez exime a estos intereses de los inversionistas del juego político de cada uno de estos Estados, volviéndolos intangibles en sede nacional. La idea en este modelo sería la implantación de reglas de tipo constitucional a fin de limitar la capacidad de los Estados de intervenir en el mercado.

El segundo modelo de constitucionalismo económico internacional, que podría llamarse «habilitante», resulta en una versión más benigna que busca evitar la captura del sistema por los intereses del mercado (como en el modelo reduccionista), a través de la puesta en escena de un aparato institucional y la definición de procesos que fomenten el debate y la comunicación social y faciliten la toma de decisiones democráticas y la elaboración imparcial de políticas públicas.

Sin embargo, para Schneiderman incluso este segundo modelo de constitucionalismo resulta insuficiente, toda vez que subestima el nivel de determinismo que la rigidez de las reglas y estructuras de tipo constitucional ejercen sobre agentes políticos y sociales. Por ello, para él, el énfasis que hace este segundo modelo de «las funciones habilitantes por sobre las funciones inhabilitantes o discapacitantes del constitucionalismo, no resulta enteramente exitoso en resolver la tensión entre democracia y constitucionalismo» (p. 12).

Así, el mismo Schneiderman propone una tercera posibilidad, la ideal para él y que denomina «constitucionalismo democratizante». Este modelo toma prestado el análisis de Alexis de Tocqueville en *La democracia en América*, que exalta la capacidad que debe tener una democracia de ser flexible a fin de aprender de sus errores y brindar a los ciudadanos la capacidad de cambiar de opinión y de opciones políticas. También se basa en lo que Schneiderman considera una ejemplificación de este proceso, el resultado que Ruggie y Polanyi llaman «liberalismo embebido o implícito» para describir el consenso político generado en la posguerra en varios Estados como reacción «colectivista» a fin de frenar los excesivos riesgos del capitalismo. De esta manera se configuraría un sistema que es capaz de incorporar a la protesta política y dejar abierto un amplio rango de opciones políticas pero a la vez asegurando la

estabilidad y continuidad a través de las formas institucionales de la democracia que generan en los actores expectativas de cambio a través del juego político.

Sin embargo, esta forma de organizar la sociedad requeriría, en el modelo de este autor, dejar de lado el *corset* de normas constitucionalizantes a nivel supranacional ya que el nivel óptimo de libertad que se busca solo sería posible dando preeminencia a los Estados nacionales. En tal sentido, el nivel de protección necesario para salvaguardar la propiedad, la inversión y otros intereses patrimoniales, de los caprichos de la mayoría o de cualquier acción discriminatoria por parte del Estado debería ser ensayado por ejemplo a través de instrumentos nacionales de derechos humanos.

### 3. Constitucionalismo o neoconstitucionalismo en la filosofía jurídica

En la versión política o filosófico-jurídica del término, «constitucionalismo» no resulta una etiqueta pacífica o sobre cuya utilización la doctrina pueda exhibir consenso. De manera general podemos decir, casi sin riesgo, que se trata de un intento de generalización a partir de los rasgos comunes que presentan algunas tendencias post-positivistas que pretenden superar, ya sea, al positivismo o al iusnaturalismo.

El término no resulta pacífico porque una parte de la doctrina la denomina «neo-constitucionalismo» y otros autores, que adscriben a los rasgos comunes que presentan sus diferentes formulaciones no están de acuerdo con la nomenclatura y prefieren el término «constitucionalismo». En este sentido escribe Manuel Atienza:

Antes de entrar a tratar los «errores interpretativos» de Ferrajoli, quisiera dejar constancia de dos acuerdos previos. El primero consiste en que a mi también me parece equívoco y desaconsejable el uso del término «neo-constitucionalismo». No estoy muy seguro de que «constitucionalismo» sea una expresión del todo afortunada pues es también notablemente ambigua pero, en todo caso, me parece preferible a la otra (2011, p. 74)

Pero este intento de definición no dice mucho, precisamente por el grado de generalidad del cual peca. Necesitamos, en primer lugar, identificar aquellos rasgos comunes ya mencionados.

Para hacerlo, sirve como punto de partida el apuntar que, independientemente de la corriente o versión del constitucionalismo al que se adscriba, existe un factor común entre los autores del llamado constitucionalismo y que además ha sido identificado como tal por otros autores que son más bien críticos de esta tendencia postpositivista. Este factor común es el señalamiento de la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales como objetivo principal.

Así, por ejemplo, el ya mencionado Manuel Atienza afirma, respecto a su polémica con Ferrajoli:

En definitiva, yo diría que mi acuerdo con Ferrajoli es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar «sustantivas». Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las «promesas» constitucionales se conviertan en realidades (p. 85).

Por su parte, un crítico de lo que él denomina neo-constitucionalismo, como Paolo Comanducci también encuentra la centralidad de este objetivo en la ideología neo-constitucionalista (que para nuestros propósitos podemos identificar como el constitucionalismo de Atienza y compañía):

Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era, por el contrario, absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales (Comanducci, 2010, p. 179).

Muy bien, pues hasta aquí lo que tenemos a partir de este factor común es que el constitucionalismo es corriente postpositivista que busca la mayor efectividad de los derechos fundamentales que garantizan los avances realizados por las Constituciones occidentales en los siglos XX y XXI. Aún resulta un concepto muy general como para hacer comparaciones provechosas con la vertiente económica del constitucionalismo.

Luis Prieto Sanchís realiza un ejercicio muy interesante de identificación de factores comunes que serían el sustrato de lo que él mismo llama distintas manifestaciones del neoconstitucionalismo y que él identifica con los rasgos singulares del Estado constitucional de Derecho: (a) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa superior de la Constitución como norma suprema del sistema, vinculante para todos pero muy especialmente para los poderes constituidos; (b) la rematerialización constitucional, que no es otra cosa que la incorporación a las constituciones no solo de normas formales de competencia o procedimiento, sino de normas sustantivas que limitan, informan y obligan a los poderes constituidos vía la dimensión axiológica que vincula necesariamente a la Constitución con la moral y que sirve como parámetro de la propia validez de las normas y (c) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces ordinarios y (d) la rigidez constitucional, a través de la dificultad de reforma del texto que contribuye a fortalecer su vigor frente a los poderes constituidos (Prieto Sanchís, 2013, pp. 25-29).

La taxonomía de Prieto Sanchís nos deja un bagaje conceptual más interesante a fin de realizar interpolaciones con el concepto economicista de constitucionalización y constitucionalismo.

Sin embargo, para nuestros efectos, probablemente lo más rico de su análisis radica en el reconocimiento que el constitucionalismo tiene irremediablemente una naturaleza múltiple, que no es uniforme y que posee por tanto distintas vertientes:

En suma, me parece que hay que dar la razón a una observadora externa, concretamente a una constitucionalista, cuando dice que estamos ante «un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho *tradicional*» (Prieto Sanchís, 2013, p. 24).

La fuente potencialmente más rica de conceptos para este trabajo en particular radica, entonces, en el debate que existe al interior del constitucionalismo respecto a cómo deben entenderse sus elementos o rasgos principales.

Como ya adelantáramos líneas arriba este trabajo puede darse el lujo de no tener que tomar partido o decidir entre las distintas versiones del constitucionalismo o neoconstitucionalismo, sino más bien aprovechar este contrapunto de conceptos y elementos que arroja este debate a fin de llegar a comparaciones útiles con el concepto económico de constitucionalismo.

Para estos efectos, hemos escogido la distinción que brinda Atienza en torno a tres ejes de discusión y que sirven para ilustrar la contraposición entre los dos grandes grupos que se irrogan la encarnación de las características correctas del constitucionalismo. Uno de estos grupos es el denominado constitucionalismo «principalista o argumentativo» y se contrapone al constitucionalismo «normativo o garantista» (positivista y personificado por Ferrajoli en el artículo de Atienza ya citado).

Estos tres ejes de comparación son:

1. Posición frente a la existencia de una conexión interna entre Derecho y moral, lo cual conlleva una toma de posición respecto al papel que juegan los principios subyacentes a las normas en las determinaciones en sede jurisdiccional
2. Contraposición entre principios y reglas, en el sentido que ambas versiones entienden de manera distinta la diferenciación que existe entre las reglas constitucionales y los principios (valorativos) a los que responden estas reglas
3. Papel o rol de la ponderación y dimensión argumentativa del Derecho en la jurisdicción.

A fin de simplificar el análisis tomaremos la matriz de comparación que describe Manuel Atienza para aclarar los conceptos que lo distancian de Ferrajoli y que él utiliza como generalización de la tesis normativa-garantista.

Conforme a dicho autor, la posición de Ferrajoli y del constitucionalismo normativo-garantista se puede resumir de la siguiente manera en cada uno de los tres ejes utilizados para la comparación:

- a) Acusa a los constitucionalistas principialistas de identificar la justicia, la moral con las normas constitucionales y de incurrir, por tanto, en una especie de «legalismo ético» en el que tradicionalmente ha caído un cierto tipo de iusnaturalismo y que este objetivismo moral necesariamente desembarca en absolutismo moral e intolerancia
- b) Denuncia que la corriente principialista del constitucionalismo hace una distinción entre las reglas previstas constitucionalmente y los principios que subyacen a estas reglas y, al poner el acento en los referidos principios, degrada a estos principios a la categoría de simples directrices o normas programáticas y que, en consecuencia, la versión principialista no asume la constitución «como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete» (Atienza, 2011, p. 77).
- c) Ferrajoli denuncia que el papel central que le otorga el constitucionalismo principialista a la ponderación jurisdiccional en realidad determina la exclusión de los otros dos esquemas básicos de la argumentación jurídica (la subsunción y la adecuación), por lo que los principios constitucionales serían «siempre objeto de ponderación y no de aplicación, pudiendo ser ponderados con principios morales inventados por los jueces» (Atienza, 2011, p. 79).

En contraposición, Atienza busca aclarar que, en realidad, los postulados de la corriente del constitucionalismo principialista en torno a los mismos tres grandes ejes exhiben las siguientes características, las cuales han sido mal comprendidas y han sido objeto de distorsión en la descripción de las mismas efectuada por Ferrajoli.

- a) No existe tal identificación de las normas constitucionales con la moral, sino que los derechos, así como poseen una dimensión normativa, también poseen una dimensión axiológica o valorativa, vale decir un valor que informa el derecho y que en el caso de los derechos fundamentales es crucial debido a que precisamente el carácter de fundamental obedece a la importancia de ese valor subyacente:

Lo que yo he defendido es que los derechos tienen una dimensión normativa (y que para dar cuenta de la misma necesitamos —o podemos necesitar— contar tanto con reglas como con principios), pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprendible (Atienza, 2011, p. 76).

- b) El ataque de la posición normativa o garantista respecto a la distinción de principios y reglas está equivocado porque lo que Atienza en realidad plantea es que, al interior del término «principios» cabe realizar una distinción estructural entre «principios en sentido estricto» y directrices. A su vez, también basado en una diferencia estructural él (y junto con él, el constitucionalismo principialista) diferencia entre principios en sentido estricto y reglas. Esta diferenciación estructural se ancla en que los principios exhiben un mayor grado de indeterminación que las reglas, debido a que su hipótesis de incidencia se configura de manera abierta, mientras que en el caso de las reglas las propiedades del caso en que operan se configuran de manera cerrada lo que explica que su indeterminación no sea tan radical como la de los principios (Atienza, 2011, p. 78). Consiguientemente, el constitucionalismo principialista le reprocha con razón al constitucionalismo normativo que se equivoca al acusarlos de degradar los principios y los derechos incluidos en estos principios a meras directrices o normas programáticas:

Nuestra tesis es que, en nuestras constituciones, no todos los derechos tienen una misma estructura y no juegan tampoco el mismo rol en el razonamiento práctico, jurídico: una cosa son los derechos plasmados en principios en sentido estricto (y en reglas que los desarrollan), y otra los que adoptan la forma normativa de directrices, de normas programáticas (Atienza, 2011, p. 78).

- c) El reproche del constitucionalismo normativo-garantista respecto al papel excluyente de la ponderación es un error porque lo sostenido por Atienza y el constitucionalismo principialista es en realidad que la ponderación juega un papel determinante, un rol fundamental en muchos de los casos difíciles (o límite) que llegan a los tribunales supremos o nacionales, pero tiene un papel residual en los casos fáciles, decididos por los jueces de rango inferior en base a reglas, por lo que en estos últimos no cabe aplicar la ponderación (Atienza, 2011, p. 79).

#### **4. Impacto sobre la constitucionalización del derecho internacional de las inversiones. Del debate al interior del constitucionalismo**

Vamos a seguir los mismo tres ejes del trabajo de Atienza a fin de identificar posibles transfusiones virtuosas desde ese debate hacia la discusión sobre las desventajas del proceso de constitucionalización, en el sentido económico, del derecho internacional de las inversiones y si esas transfusiones resultan positivas ya sea para los Estados o ya sea para los inversionistas envueltos en los arbitrajes internacionales que buscan dar solución a sus controversias en este contexto. No olvidemos, entonces, que el fin de este análisis no es ni contribuir ni buscar zanjar el debate principialista-normativo al interior del constitucionalismo, sino ahondar en las posibilidades y proyecciones del señalado trasvase conceptual.

En lo que se refiere al primer nivel de análisis, el necesario anclaje axiológico que subraya la propuesta principialista del constitucionalismo, parecería que nos llevaría a un resultado neutral en lo que se refiere a si privilegia a priori a inversionistas o Estados, vale decir que el resultado último parecería ser contingente en función de la dimensión valorativa que privilegie el tribunal arbitral en cada caso concreto. Ello debido a que el resultado de la interpretación por parte de los tribunales arbitrales internacionales de los valores subyacentes a las normas de derecho internacional público que constituyen el régimen internacional en materia de inversiones dependería de si estos tribunales privilegian ya sea el elemento garantista del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, ya sea el espacio regulatorio que se debe acordar a los Estados para que puedan cumplir a cabalidad su función en aras del interés y bienestar públicos.

Sin embargo, este análisis preliminar parecería incompleto y requiere un ajuste, porque profundizando en él, el resultado no aparece tan neutral. Los tribunales arbitrales al profundizar en la dimensión axiológica que inspira el sistema internacional de regulación de las inversiones va a encontrar como valor subyacente último al privilegiamiento de la propiedad privada del individuo y el derecho de este último a la libertad de empresa. Esto debido a que ese análisis profundizado va a identificar aquel elemento que ha sido ampliamente apuntado (y criticado) por diversos autores: el valor intrínsecamente neoliberal del sistema:

Por otra parte, es evidente que el derecho ha venido cambiando por el modelo de liberalización económica adaptándose a los requerimientos de la «economía mundo». El modelo escogido por gran parte de los estados a principios de los años noventa fue el modelo económico neoliberal o, si se quiere usar el eufemismo, el modelo neoclásico. Las tesis de los teóricos libertarios o los «freshwater»: Von Mises, Von Hayek, Friedman, Buchanan y últimamente desde la filosofía política Robert Nozick con su utilitarismo libertario, son acogidas por los organismos financieros internacionales Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y Organización Mundial de Comercio (OMC) (Ramírez Cleves, 2009, p. 22).

Parecería entonces que el influjo del debate sobre la necesidad de apuntalara la dimensión axiológica jugaría más a favor de los inversionistas que los Estados.

En lo que respecta a la contraposición principios vs. reglas, el balance en cuanto a si los conceptos que se decantan del debate principialista-normativo resultarían más apetecibles para los Estados o para los inversionistas en el contexto del arbitraje internacional de inversiones resulta menos contundente que en el caso de la dimensión valorativa-axiológica. Ello porque el hecho de poner el acento o recalcar los principios o valores subyacentes a las normas del derecho internacional de las inversiones produce un resultado contingente dependiendo del peso relativo que

otorgue el tribunal ya sea, por un lado, a garantizar o proteger la esfera individual de propiedad que resulta, en esencia, el derecho que este régimen protege, ya sea, por el otro, el bien o interés público que motiva y justifica el ejercicio regulatorio que los Estados buscan defender. La forma en que ambos valores han sido recogidos por cada una de las normas del derecho internacional de las inversiones está sujeta a una interpretación que no es unívoca. En el caso de la interpretación constitucional, este margen de aleatoriedad es menor debido al carácter de derechos fundamentales cuya efectividad se pretende garantizar precisamente frente al poder constituido.

¿Cómo así entonces fue que nos apresuramos a brindar un pronóstico más decidido en el caso de los efectos de la conexión derecho-moral? ¿No se debería presentar acaso el mismo grado de contingencia apuntado aquí? La respuesta es que no, debido a que creemos que el grado de abstracción es mayor en el caso del impacto de la dimensión axiológica. Vale decir que un tribunal al buscar la relación con el valor último que inspira el sistema va a encontrar necesariamente la protección y promoción de inversiones y la adscripción al modelo económico denominado neoliberal como motor y justificativo detrás del régimen del derecho internacional de las inversiones. En cambio, el resultado de su análisis va a ser más matizado, como de hecho lo muestra la jurisprudencia arbitral<sup>3</sup>, al ponderar el derecho de propiedad y a la libertad de empresa contra otros objetivos regulatorios del Estado en aras del interés y bienestar público (salud, medio ambiente, etc.).

En cuanto al tercer eje, el papel que juega la ponderación en la actividad jurisdiccional, este parece ser el punto en que se da la mayor pertinencia de la aplicación a la problemática del constitucionalismo del derecho internacional de las inversiones de consideraciones provenientes del constitucionalismo filosófico-jurídico y el debate que, a su interior, mantienen las corrientes principialista y normativa.

Una explicación para la mayor cercanía en este punto radicaría en la naturaleza de las normas en el derecho internacional de las inversiones. Sobre el particular, resulta muy ilustrativo el recuento que hace Francisco González de Cossío y la contraposición entre los estándares y las reglas en el Derecho:

Existen cuatro instrumentos que la técnica jurídica provee para regular: las reglas, los principios, los conceptos y los estándares. Los abogados civilistas estamos más familiarizados con las reglas, pues son más propios de los sistemas civiles. Pero los estándares no nos son ajenos- aunque sí excepcionales.

---

<sup>3</sup> Es ilustrativo el nivel de deferencia que han mostrado algunos tribunales arbitrales a la potestad regulatoria del Estado y su análisis respecto a su accionar en aras del interés público, por ejemplo, en los laudos de los casos *Methanex Corporation vs. EEUU* (laudo de 7 de agosto de 2002) y *GAMI Investments Inc. vs. México* (laudo de 15 de noviembre de 2004).

Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del 'legislador' al 'juzgador'. Para esclarecerlo, lo compararé con aquél con el que estamos más familiarizados: la regla.

Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse, de conformidad con el principio de causalidad, exige una 'sanción', el estándar contiene dos elementos: uno *objetivo* y uno *subjetivo*. El *objetivo* es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El *subjetivo* es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición...

Su utilización en tratados de inversión es astuta. La regulación vía regla haría difícil —si no es que imposible— llegar a un acuerdo. El motivo: la políticamente delicada historia de la materia (González de Cossío, 2009, pp. 279, 281).

Efectivamente, el tipo de norma por excelencia del derecho internacional de las inversiones, que es el estándar, lo aleja de aquellos casos fáciles de solución por la vía de la mera subsunción y acerca la labor de los tribunales arbitrales más bien a aquellos casos difíciles en los que la ponderación encuentra su lugar natural de aplicación, conforme a la caracterización de Atienza (2011, p. 80).

Ahora bien, la literatura crítica del régimen internacional en materia de inversiones ha sido especialmente incisiva al tratar el arbitraje internacional, que constituye su mecanismo de solución de controversias por excelencia. Esta crítica denuncia que el sistema se encuentra irremediable e inherentemente inclinado en favor de los intereses de los inversionistas, precisamente por la naturaleza ad-hoc de los tribunales arbitrales, en los que la falta de *stare decisis*, la falta de permanencia, titularidad y dedicación a tiempo completo de los árbitros que deciden los casos (quienes además también como funge de abogados de los intereses de los inversionistas en otros casos) han determinado la «captura» del régimen por parte de los grandes intereses corporativos:

Investment treaty arbitrators often resolve, on a final basis, fundamental matters of public law without the prospect of close scrutiny by independent judges, whether domestic or international. As a result, longstanding safeguards of judicial independence in domestic systems of justice have been abandoned in the unique context where foreign investors bring international claims against states and, by extension, the people who are represented by states...

What is wrong with investment treaty arbitration in this respect? The first problem is that the system is a one-way process of public law claims where only one class of parties (the investors) triggers use of the system by bringing claims, and only the other class (states) is liable to pay awards for violating the treaty. Unlike in other situations where arbitration is used, the ability to bring claims is non-reciprocal. Thus, arbitrators,

especially those whose careers are intertwined with the interests of the arbitration industry (in their classic 1996 study, Dezaley and Garth called these arbitrators «specialist» or «technocrat» arbitrators),<sup>65</sup> are reasonably seen to have an interest in encouraging claims and arbitrator appointments, by interpreting the law in favour of prospective claimants.

However much it may be presented as a «court», arbitration is a private business and (usually) a career path for those who are employed in the adjudication of investment disputes (Van Harten, 2010, pp. 36, 37).

Si la realidad fuera exactamente como la describe Van Harten, la conclusión sobre este punto sería muy sencilla y no quedaría otra que sentenciar que el contagio de una mayor centralidad del papel fundamental de la ponderación y de la argumentación jurisdiccional, traído del constitucionalismo principialista, al campo del derecho internacional de las inversiones serían muy buenas noticias para el campo de los inversionistas. Efectivamente, siguiendo la descripción de Van Harten, no haría otras cosa que acentuar aún más el rol ya preponderante de los tribunales arbitrales que ya se encuentran, en la actualidad, «capturados» por una de las dos partes en cada una de las controversias.

Cabe, no obstante, una palabra de alerta sobre este discurso. Resulta muy difícil realizar un estudio empírico para confirmar el prejuicio de Van Harten, sobre todo por la ausencia de parámetros adecuados para llevar a cabo tal evaluación. Ello debido a las distorsiones inherentes en dicho cálculo, ¿cuáles serían los laudos que debieran considerarse a favor de los Estados? ¿únicamente aquellos en que el Estado resulta completamente exento de responsabilidad y no debe pagar un centavo? Si no, ¿qué regla se aplicaría en aquellos casos en que los montos a compensar resultan sustancialmente menores a las reclamaciones presentadas por los inversionistas? Cuestión difícil de responder, sobre todo tomando en cuenta que los demandantes normalmente «infla» sus pretensiones como estrategia procesal.

Como corolario a este análisis podríamos, además, presentar el caso de la *performance* peruana en laudos de tribunales arbitrales internacionales de inversión. Incluso tomando el parámetro extremo de la compensación cero como resultado positivo para el Estado defensor, el Perú habría resultado victorioso en cuatro de seis laudos de tribunales internacionales de inversión<sup>4</sup>. Resultado difícilmente compatible con la interpretación de Van Harten, si esta agotara la historia que habría que contar.

---

<sup>4</sup> Existen a la fecha seis laudos de tribunales de inversión: Lucchetti, Duke, Aguaytía, Tza Yap Shum, Caravelí y Conval. Únicamente se ha ordenado al Perú pagar compensación en Duke y Tza Yap Shum.

## 5. Comentarios finales

El constitucionalismo a que se refiere la filosofía-jurídica es un concepto diferente al constitucionalismo económico y creciente constitucionalización que caracterizaría al Derecho internacional de las inversiones.

El sistema internacional de protección y promoción de la inversión extranjera que es la sustancia del Derecho internacional de las inversiones califica como un régimen internacional. Dicha calificación cumple al menos el presupuesto básico e inicial (precisamente, la existencia de un régimen internacional) de la crítica abanderada por un sector de la crítica especializada en el sentido que resulta un régimen que ha ido demasiado lejos en el apresamiento, por la vía supranacional, de la legítima capacidad regulatoria de los Estados sin el sustrato político necesario para legitimar dicha opción. Dicha ausencia de sustrato y consenso político nacional implica que esta opción ha sido tomada sin la legitimación que provee el sistema democrático a las decisiones políticas de ese calibre.

Si bien es cierto que los conceptos de constitucionalismo en sede filosófico-jurídica y constitucionalismo en el contexto económico del Derecho internacional de las inversiones son distintos, también lo es que presentan elementos comunes. Alentados por esos elementos comunes es que este trabajo asumió un objetivo puntual: buscamos conceptos en el marco del constitucionalismo filosófico-jurídico que puedan arrojar luces sobre el debate relativo a los peligros de «demasiada» constitucionalización del Derecho internacional de las inversiones que haya determinado que este último haya ido demasiado lejos.

El método elegido para realizar ese análisis fue proyectar cómo ciertos elementos que se decantan de la polémica principialista-normativa afectarían el balance que presenta el arbitraje inversionista-Estado en lo que se refiere a si favorece al inversionista o a los Estados defensores.

Las variables escogidas para esa proyección fueron los tres ejes que un sector de la literatura especializada identificó como fundamental en la polémica principialista-normativa: conexión Derecho-Moral, contraposición principios-reglas y papel de la ponderación y de la argumentación jurídica en la jurisdicción.

El resultado es mixto y no concluyente pero arroja la estelaridad de la variable del papel de la ponderación y de la argumentación jurídica en la jurisdicción, fundamentalmente debido a la naturaleza de estándares de las normas propias al Derecho internacional de las inversiones.

La conclusión respecto al impacto de un reforzamiento del papel de la ponderación en el arbitraje de inversiones arrojaría, a priori, que el inversionista se vería beneficiado, especialmente si se acepta el argumento que este sistema de arbitraje se encuentra

«capturado» por los intereses de los inversionistas y del capital privado. Sin embargo, esta conclusión, que parecería arrojar a priori el resultado de una transfusión favorable a los intereses de los inversionistas, debe atemperarse debido a que, incluso aceptando el argumento de la «captura» (y existe evidencia empírica que parecería contradecir o al menos diluir tal aseveración) debe considerarse que el sistema tiene un interés propio en sobrevivir y sostenerse, lo cual se haría imposible si los Estados perciben que forman parte y sostienen un sistema en que siempre llevan todas las de perder.

## Referencias

- Afilalo, Ari (2002). Constitutionalization Through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter. *NYU J. Int'l L. & Pol.*
- Atienza, Manuel (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 73-88.
- Cass, Deborah (2005). *The Constitutionalization of the WTO: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*. Oxford University Press.
- Comanducci, Paolo (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González de Cossío, Francisco (2009). Trato justo y equitativo en arbitraje de inversión: un ejemplo interpretativo. *Jurídica, Anuario de la Universidad Iberoamericana*, 39, 277-294.
- Krasner, Stephen (1982). Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, 36(2) Spring, 185-205.
- Prieto Sanchís, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Ramírez Cleves, Gonzalo (2009). Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación. Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales.
- Schill, Stephan (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schneiderman, David (2008). *Constitutionalizing Economic Globalization*. Cambridge University Press.
- Trachtman, Joel (2006). The Constitutions of the WTO. *The European Journal of International Law*, 17(3), 623-646.
- Van Harten, Gus (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Harten, Gus (2010). Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion. *TRade Law & Development* (Spring), II(1), 19-58.

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 16 de abril de 2015