

# Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público

Franz Kundmüller Caminiti\*

*El presente artículo introduce una propuesta para afrontar la actual crisis económica desde la perspectiva del marco del Derecho Internacional de las Inversiones. Siendo innegable el creciente interés de las inversionistas internacionales en el Perú, es imprescindible que nuestro Estado garantice el interés público a través de una normativa eficiente y con miras al desarrollo económico-social que tanto necesitamos. Y precisamente este artículo desarrolla una estrategia para equilibrar el interés público y las contrataciones estatales con inversionistas internacionales a través de un marco normativo sólido y que dé soluciones a las controversias que pudiesen surgir.*

## EL DII, LA LEX INVERSORUM Y LOS AIIS

El Derecho Internacional de las Inversiones (en adelante, DII) es dinámico, crece y evoluciona progresivamente en el mundo, generando efectos jurídicos y económicos dentro y fuera de las fronteras territoriales.

Por ende, influye también en el ámbito de acción de las administraciones públicas de los países, mediante los procesos de adecuación normativa que le son inherentes y como resultado de la puesta en práctica de las políticas de promoción de inversiones y del comercio, en boga a partir de la segunda mitad de la década de los años noventa.

Esto ocurre en un contexto como el que caracteriza al actual mundo globalizado, que implica una gama de retos para el Estado, tanto como noción jurídica, como en su rol de guardián permanente del interés público; en particular, a partir del modernismo y de la consolidación de la idea de Estado soberano, como piedra angular del Derecho Internacional<sup>1</sup>.

Como podemos observar de las características que en el campo jurídico presenta la actual globalización, se están negociando y celebrando diversos tratados internacionales que muchas veces transfieren los procesos de toma de decisiones desde el ámbito nacional o doméstico al ámbito internacional<sup>2</sup>.

Del mismo modo, a partir del actual contexto global, se genera una cada vez más estrecha vinculación entre los sistemas legales y políticos. De modo tal que lo que antes se concebía como sistemas separados, hoy se entiende como un espacio de interacción, el mismo que no siempre es pacífico.

Es un hecho que, dada la creciente interdependencia entre economías, ya sean éstas locales o regionales y ante el inevitable efecto de la tecnología, se da inmediatamente un mayor impacto extraterritorial de las medidas que toman los Estados y gobiernos locales, respecto de asuntos en materia de interés público; en especial, en un contexto de incremento del libre comercio como el actual.

\* Abogado y Catedrático Universitario de pre y post grado (Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas). Experto en negociación, conciliación y arbitraje, con experiencia en el sector público y en el sector privado. Desempeño en el ámbito profesional de la especialización de gestión de conflictos antes referida, con énfasis en Arbitraje y en Derecho Internacional Económico. Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, en el Grupo de Inversiones. Miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Consultor en temas de Derecho Internacional Económico, autor de diversos artículos especializados en Arbitraje, conferencista en foros nacionales e internacionales y coautor del libro "Estrategias para la Agenda Económico-Social de la Comunidad Andina de Naciones". Secretario General del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado peruano; OSCE

1 KELSEN, Hans (1944); *The Principle of Sovereign Equality of status as a Basis for International Organization*; En: *The Yale Law Journal*, Volume 53, Number 2; p. 208.

2 CHOUDHURY, Barnali (2008); *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic deficit?*; En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol 41 – 2008.

Queda claro entonces que en un escenario internacional como el que existía con anterioridad a la última globalización y donde las economías estaban protegidas por barreras arancelarias y para arancelarias de diverso tipo, esta observación no era factible. Esto, debido a que los impactos de las decisiones gubernamentales eran usualmente de alcance limitado a los ámbitos locales, máxime si prevalecía una concepción dualista, que separaba claramente el Derecho Internacional Público del Derecho Interno.

Era así como se entendía el concepto de soberanía, de donde fluye que el poder y autoridad de un Estado solo podía ser limitado por el Derecho Internacional y no por el Derecho Interno de otro Estado<sup>3</sup>.

Sin embargo, al debilitarse o desaparecer las barreras al comercio y las inversiones, es lógico que una decisión o medida adoptada por un Estado pueda tener inmediatamente efectos y repercusión en el ámbito de intereses de una empresa ubicada en cualquier parte del mundo o incluso en el ámbito de intereses de otro Estado. Algo similar ocurre, de ser el caso, en lo que concierne al impacto de las decisiones de las empresas multinacionales más allá de las fronteras territoriales.

La empresa recibe entonces el impacto, porque a su vez y de conformidad con sus planes de negocio global, tenía o podía haber tenido interés en invertir o hacer comercio en el territorio del Estado o país que toma la medida o que lleva a cabo un determinado acto administrativo<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de esta realidad que, como se ha adelantado, genera incentivos para la negociación y ratificación de tratados internacionales, también constatamos que el DII se encuentra hoy descentralizado y disperso.

En efecto, por ejemplo, podemos constatar que el DII no está contenido en un tratado multilateral que lo unifique, como es el caso de otras disciplinas jurídicas como el arbitraje, que cuenta con la Convención de Nueva York de 1958 sobre Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York<sup>5</sup>) o, como

«Es un hecho que, dada la creciente interdependencia entre economías, ya sean éstas locales o regionales y ante el inevitable efecto de la tecnología, se da inmediatamente un mayor impacto extraterritorial de las medidas que toman los Estados y gobiernos locales, respecto de asuntos en materia de interés público; en especial, en un contexto de incremento del libre comercio como el actual»

ocurre en el caso de las disciplinas contenidas en los tratados de la Organización Mundial del Comercio, entre otros.

Sin embargo, el hecho de no contar con un tratado multilateral no ha impedido que el DII se expanda durante los últimos años en variados segmentos, abarcando a países y regiones económicas, con sus particularidades y características, en la necesidad de contribuir al flujo de inversiones y mediante estructuras jurídicas de diverso tipo. Esto, según algunos autores, genera condiciones propicias para la globalización del Derecho Administrativo<sup>6</sup> y a su vez, para la crisis de la concepción moderna del Estado<sup>7</sup>.

La conformación del DII se está dando hoy en los ámbitos bilateral, regional e interregional<sup>8</sup>. Es así como el factor económico sobresale en el proceso de expansión del DII. De modo que, si analizamos

3 Cf. KELSEN; *Ibid.*

4 BATTINI, Stefano (2005); *The Privatization of Public Law*; reporte presentado por el autor en el contexto de la Reunión Anual del Grupo Europeo de Derecho Público, Legrain, Atenas, Grecia. 16 a 18 de septiembre de 2005 y publicado en el *European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, 2006.

5 Incluye a 143 Estados partes a enero 2008, ver: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

6 BATTINI, *Ibid.*

7 CASSESE, Sabino (2002); *La crisi dello Stato*; Editori Laterza, Spa, Roma – Bari.

8 ROBERT, Maryse (2007); *Acuerdos de Inversión: Los temas Substantivos del TLC Perú – EE.UU.*; exposición presentada por la autora en el Seminario Nacional sobre Controversias Inversionista – Estado llevado a cabo en Lima, el 22 de mayo de 2007; evento organizado por el Ministerio de RREE del Perú, Proinversión, Ministerio de Economía y Finanzas, UNCTAD, ICSID y OEA.

el DII, encontraremos en todo momento la presencia del factor económico, vinculando así a países que exportan con países que importan inversiones e, incluso, a países importadores de inversión entre sí, que buscan generar oportunidades económicas y comerciales.

El factor económico, en consecuencia, se manifiesta en la forma en la que los Estados estructuran sus relaciones, sujetándose mediante normas sustantivas y adjetivas del DII para la protección y promoción de la inversión. De ahí su conexión conceptual con el *ius mercatorum*<sup>9</sup>. Pero también debemos destacar que dichas relaciones se orientan por principios que promueven la necesidad de impulsar el desarrollo<sup>10</sup> económico de los países<sup>11</sup>. Y, en este caso, estamos ante una necesidad que está circunscrita al ámbito del interés público, en especial y como es evidente, en el caso de los países “en vías de desarrollo”.

### La Estadística del DII

Para tener una idea de la magnitud de la evolución del DII, en el año 2005 se pactaron en el mundo unos 162 Acuerdos o Tratados Internacionales de Inversiones (en adelante, AII) con lo que el número total acumulado de estos AII, en el mismo año 2005, ascendía ya a 5,500<sup>12</sup>.

Según la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), este proceso de expansión prosigue hasta la actualidad. En efecto, a junio de 2008, ya se han registrado 5,700 AII, mientras un número significativo de países procede a renegociar los AII que están próximos a concluir por vencimiento de sus plazos de vigencia<sup>13</sup>.

Este conjunto de miles de AII incluye durante la última globalización una gama de tratados que integran en forma descentralizada el DII contemporáneo, en orden a que la mayoría de AII son bilaterales, generando una gama de derechos y obligaciones para los Estados parte, que a su vez constituyen el marco jurídico para el flujo de inversiones privadas.

Dentro de la gama de AII destacan los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca

de inversiones (en adelante, TBIs) y los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio (en adelante, TLCs). Pero también tenemos los Acuerdos Internacionales sobre Doble Tributación. En todos estos casos, la consecuencia lógica es que se de un proceso de adecuación en el ámbito del derecho interno de los países que son parte de los AII, a efectos de incorporarlos legalmente<sup>14</sup>.

Del mismo modo, según la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), la casuística arbitral en el campo del DII se sigue incrementando. En el año 2007 se iniciaron 35 nuevos casos. 27 de éstos en el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Inversionista Estado (CIADI). En los primeros 10 meses del año 2008, otros 12 casos comenzaron a ser tramitados. 9 de estos también en el CIADI. A octubre de 2008, el total de casos registrados en CIADI alcanza los 300.

A su vez, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales en el contexto del DII generan obligaciones para los Estados parte en dichos arbitrajes e, incluso, señalan montos indemnizatorios a cargo de dichos Estados cuando se comprueba la violación de los derechos sustantivos contenidos en los respectivos AII.

En la actualidad, solamente el CIADI mantiene un registro de acceso público, por lo que no se descarta que en el mundo haya más casos en otras instituciones o tramitados en forma independiente, que no trascienden a la opinión pública<sup>15</sup>.

Si reparamos en que durante décadas el arbitraje entre Estados e inversionistas prácticamente no existía, el volumen actual de casos demuestra una dinámica muy fuerte en el campo de las relaciones jurídico económicas entre países, así como entre inversionistas y Estados, bajo el ámbito de aplicación del DII y como correlato de los miles de AII actualmente en vigencia.

A mayor abundamiento, cabe referir que a enero de 2007 existían alrededor de 2,559 TBIs que se caracterizan por vincular una amplia diversidad de países, conteniendo disposiciones y estipulaciones a partir de las disciplinas jurídicas del DII. Si bien

9 Sobre el elemento económico preponderante en el *Ius Mercatorum* ver: MANN, F.A. (1957); *Reflections on a Commercial Law of Nations*; *British Yearbook of international Law*.

10 Ver: TRUJILLO, Verónica (2007); *El Tratamiento Internacional de las Políticas de Desarrollo Económico en el ámbito de las inversiones*; En: *Agenda Internacional Año XIII*, No. 24, 2007, pp. 217 – 255.

11 Cf. HAMIDA, Walid Ben (2008); *La prise en compte de l'interet general et des impératifs de développement dans le droit des investissements*; artículo remitido al autor en Diciembre 2008, como miembro de la red de expertos en AII de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; UNCTAD; p. 1001.

12 UNCTAD (2006); *IIA Monitor, International Investment Agreements*; UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7; p. 2.

13 UNCTAD (2008); *The development dimension of International Investment Agreements TB/B/C.II/MEM.3/2*; p.2.

14 Es lo que ha ocurrido recientemente en el Perú, por ejemplo, con el conjunto de Decretos Legislativos emitidos por el gobierno, por vía de delegación de facultades legislativas, con la finalidad de llevar a cabo el proceso de adecuación del TLC con Estados Unidos.

15 UNCTAD (2008); *Ibid.*; p. 5.

los TBIs y los TLCs cuentan con una estructura básica similar entre sí, también es cierto que pueden variar unos de otros en lo que se refiere a las reglas sustantivas y en lo que concierne a las reglas de solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros e, incluso, en lo que concierne a la solución de controversias entre los Estados que son parte del AI.

Es así como en la actualidad, entre otros aspectos, en los AIs se observa una tendencia orientada a precisar cada vez con más detalle el alcance del término “inversión extranjera”, así como el contenido de las obligaciones o disposiciones sustantivas, como aquellas que se refieren al trato nacional, al trato justo y equitativo, a la protección y seguridad plenas, entre otros.

Del mismo modo, se parecía una tendencia a garantizar y aumentar la transparencia en diversos aspectos vinculados a la actividad del Estado y los inversionistas, extendiéndose dicho requerimiento de transparencia también a los arbitrajes y a la aplicación de medios de solución de controversias. Estas tendencias actuales han sido recogidas en la reciente modificación del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

### Los contenidos de los AIs y el interés público

A lo dicho se suma hoy la necesidad de lograr una mayor precisión en las disposiciones contenidas en los AIs destinadas a la protección de asuntos de interés público, entre otros originalmente considerados en forma no prioritaria y que hoy han sido enriquecidos conceptualmente a partir de la jurisprudencia y de la doctrina especializada<sup>16</sup>.

La preocupación por la tutela del interés público, hay que decirlo, no formaba parte de la agenda inicial de protección de derechos incluida en los AIs, ya que el origen de estos radica en los antiguos tratados de cooperación, navegación y comercio que suscribían los países en el siglo XIX<sup>17</sup>. Dichos tratados tenían la finalidad de garantizar los flujos

comerciales, asegurando diversos aspectos operativos propios del comercio y no de la actividad del Estado en la tutela del referido interés<sup>18</sup>.

De otro lado, podemos afirmar que el interés público no es fácilmente definible. Sin embargo, siguiendo a Hamida, cabe reconocer que existen dos nociones de interés público. Una primera, que obedece a una concepción utilitarista y mediante la cual se le equipara al interés general y que se la considera como la suma de los intereses individuales, siguiendo así la concepción desarrollada por Adam SMITH en el siglo XVIII, en su obra: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*<sup>19</sup>.

La otra idea de interés público nos lleva a una noción con cierto matiz pro intervención del Estado ante ciertas condiciones, en tanto que se entiende que el Estado soberano debe tomar decisiones para proteger el interés público. De modo que el interés público no es la suma de los intereses particulares e, incluso, constituye el sustento para las decisiones soberanas basadas en la “razón de Estado”.

Esta noción trasciende al utilitarismo y se alimenta de la idea de que el interés público o interés general, es una emanación de la voluntad colectiva o voluntad general de los ciudadanos, acercándonos así a la idea moderna del contrato social de Jean Jacques Rousseau en su obra: *Du contrat social*,<sup>20</sup> también del siglo XVIII y por la cual, paradójicamente, el autor ginebrino fuera expulsado de Francia.

Ya sea que adoptemos una u otra concepción, el interés público comprende la noción de bien público general, que engloba los intereses de todas las personas sin distinción alguna. Esto supone un equilibrio entre los intereses económicos, ambientales, sociales y otros.

Dichos intereses no son estáticos y pueden cambiar. Esto ocurre en la medida que se produce la evolución de las preferencias y los valores de la sociedad<sup>21</sup>. En consecuencia, el interés público mantiene

16 Referencia a la intervención de Anna Joubin-Bret, representante de UNCTAD en un foro organizado por la American Society of International Law; ASIL y por la Investment Treaty Arbitration; ITA, sobre el futuro del arbitraje que involucra a los Estados; En: [http://www.opiniojuris.org/international\\_legal\\_theory\\_and\\_teaching](http://www.opiniojuris.org/international_legal_theory_and_teaching); consultada, abril 2007.

17 Cf. CHOUDHURY; *Ibid.*; p. 16.

18 Cf. SALACUSE, Jeswald; SULLIVAN, Nicholas (2005); *Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain*; En: Harvard International Law Journal; 46 Harv. Int'l L.J.67; p. 75

19 Cf. HAMIDA; *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 Basta con ver, por ejemplo, el poco interés que existía hace apenas quince o veinte años por los temas ambientales, mientras que en la actualidad los conceptos de sostenibilidad o eco sostenibilidad están presentes en distintas ramas del derecho, incluyendo, por ejemplo, el principio de la sostenibilidad ambiental en la nueva Ley de Contrataciones del Estado Peruano, aprobada mediante Decreto Legislativo No. 1017, en el contexto de la adecuación del ordenamiento jurídico nacional a los requisitos del Acuerdo de Promoción Comercial o TLC Perú – Estados Unidos. Es decir, ha habido una evolución significativa en lo que concierne al interés público, que hoy demanda la incorporación de temas ambientales en la agenda política y jurídica. Algo similar ocurre con otros conceptos como el Desarrollo Humano, entre otros.

una línea evolutiva generalmente inspirada por la necesidad de alcanzar el bien común y contrasta con el interés de una persona o incluso con el interés de un grupo reducido de personas.

Adicionalmente, podemos entender al interés público en términos del interés del Estado y de los ciudadanos que constituyen dicho Estado. En tal sentido, de conformidad con la jurisprudencia sobre expropiaciones que ofrece el derecho comparado, éstas no están prohibidas si se llevan a cabo con un propósito de satisfacción del interés público y siempre que se cumpla con pagar el justiprecio correspondiente. Es un principio comúnmente aceptado por diversos ordenamientos jurídicos que dicho propósito puede ser determinado libremente por el Estado, siempre que su decisión sea racional o razonable<sup>22</sup>.

Otra perspectiva del interés público la podemos encontrar en la protección de aquellos intereses comunes que trascienden los ámbitos locales y que tienen que ver con la protección de la humanidad. Es el caso de la preservación del medio ambiente y toda la temática comprendida en materia de Derechos Humanos. En este contexto, los asuntos de interés público también abarcan la noción económica de los “bienes públicos”. Estos se definen como bienes que no tienen sustituto y cuyo consumo no es excluyente, como es el caso del medio ambiente, así como el derecho al agua potable y a diversos servicios públicos básicos<sup>23</sup>.

A mayor abundamiento, conviene citar acá una noción de interés público que complementa lo dicho y que nos permite una comprensión amplia del concepto, en orden a que se podría entender que, no obstante las dificultades para definirlo, es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo<sup>24</sup>.

Ambos aspectos del interés público, el jurídico y el político, son incorporados hoy en forma creciente

en los Alls de última generación, a efectos de hacer posible en forma legítima este “prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular” a cargo del Estado.

En consecuencia, se pone de manifiesto lo que comentábamos al principio; es decir, también se produce el tránsito de lo nacional hacia lo internacional, en lo que concierne al proceso de toma de decisiones y de conformación de marcos jurídicos en los Alls. A su vez, las fronteras entre uno y otro ámbito son ahora borrosas.

Es así como hoy es factible que un tribunal arbitral tome decisiones que linden o tengan que ver con asuntos del interés público, no obstante que la materia controvertida sobre la cual deba decidir sea siempre una que queda definida en algún All, en especial, materia concerniente a los derechos sustantivos del DII<sup>25</sup> y su posible violación por parte de un Estado.

Justamente esta es la línea conceptual seguida por el CIADI y por muchos Alls para determinar la arbitrabilidad de las controversias, al indicarse en el tratado respectivo, que el CIADI funciona para la solución de controversias en materia de inversión, siempre que quien concorra sea un inversionista extranjero y dentro del ámbito o alcances de un convenio arbitral que vincule a las partes.

A su vez, y para graficar el grado de complejidad de las disciplinas inherentes al DII, cabe señalar que la jurisprudencia arbitral producida en aplicación de las disposiciones de DII contenidas en los Alls, tampoco es ajena a otras disciplinas, como las que se refieren a la estructura jurídica de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>26</sup>.

Esto se entiende en el contexto de la relación que existe entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Se trata de una relación jurídica de alcance internacional,<sup>27</sup> a partir del All aplicable, influyendo ello en el desarrollo normativo interno, pero alcanza incluso el ámbito del Derecho Público y Administrativo de los países. De ahí su naturaleza híbrida.

Dicha jurisprudencia, no obstante no ser vinculante para otros casos, dilucida caso por caso diversos

22 Cf. CHOUDHURY; *Ibid.*; p. 17.

23 *Ibid.*

24 FERNANDEZ VÁSQUEZ, Emilio (1981), Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires, Astrea; citado por MORON URBINA, Juan Carlos (2007); *La Construcción de la noción Jurídica del Interés Público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional*; En: Palestra Constitucional, Lima, Palestra Editores, Año 2, No. 4, Abril 2007; p. 606.

25 Generalmente, como se ha señalado, violaciones al trato nacional, al trato justo y equitativo, a la protección y seguridad plenas, a la protección contra las expropiaciones sin indemnización, etc.

26 Cf. SHAW, Malcolm (1997); *International Law*. Cambridge University Press, United Kingdom, USA, Australia; pp. 541 – 584.

27 Que tradicionalmente ha tenido que ver con la doctrina del tratamiento jurídico de los extranjeros en el marco del Derecho Internacional Público; Cf. SHAW; *Ibid.* p. 562.

aspectos jurídicos del Derecho Internacional de los Tratados y del Derecho que tiene que ver con el tratamiento jurídico de los Extranjeros<sup>28</sup>.

La *lex inersorum*, en consecuencia, se está conformando paulatinamente a partir de una gama de estructuras jurídico-económicas de orientación transnacional, pero también a partir de los antecedentes jurídicos correspondientes al ámbito nacional e internacional, en una progresión que originalmente tenía una raíz netamente comercial, pero que ahora abarca medios internacionales de solución de controversias, como el arbitraje entre Estados e inversionistas y donde la problemática del interés público no puede ser soslayada.

A lo dicho se suman los impactos en el ámbito del derecho público y administrativo de los países y, lo que es más importante, reiteramos, los efectos del DII en la esfera del interés público local e internacional.

### Lex inersorum, lex mercatoria y arbitraje

El DII genera diversos impactos y efectos en los ordenamientos jurídicos de los países, causando incluso reacciones adversas para su propia consolidación, como son los anuncios de retiro o denuncia del tratado del CIADI, recientemente formulados por Ecuador o por parte de Bolivia, Nicaragua y Venezuela<sup>29</sup>.

A esto se suman las percepciones negativas generadas a partir de una profusa casuística derivada de la crisis argentina, donde dicho país ha sido demandado en decenas de arbitrajes por parte de inversionistas que se habrían perjudicado por las decisiones tomadas por el Estado argentino, como correlato de la situación o estado de necesidad generado por la crisis de principios de la década, durante el proceso de "pesificación" de la economía de dicho país<sup>30</sup>.

En consecuencia, el proceso de conformación de la "*lex inersorum*" comprende factores políticos, jurídicos y económicos. Pero dada la importancia del factor económico, cuenta con similares características a las que encontramos en la conformación dinámica de la *lex mercatoria* y provoca procesos de traslado no solo de normas, sino de estructuras jurídicas completas.

«El proceso de conformación de la *lex inersorum* comprende factores políticos, jurídicos y económicos. Pero dada la importancia del factor económico, cuenta con similares características a las que encontramos en la conformación dinámica de la *lex mercatoria* y provoca procesos de traslado no solo de normas, sino de estructuras jurídicas completas»

De esta forma, como hemos adelantado líneas arriba, el DII sirve para promover el flujo de inversiones y la modernización en el tratamiento jurídico de éstas, mientras que de otro lado, contribuiría a generar un efecto positivo en el impulso al desarrollo. No obstante, como es sabido, la inversión no viene sola, requiere de una gama de efectos coadyuvantes que la hagan viable, como la modernización económica, la adecuación del ordenamiento jurídico y administrativo, el desarrollo de infraestructura, la gobernabilidad de los países, entre otros<sup>31</sup>.

De otro lado, al igual que en el caso de la *lex mercatoria*, el modelo de administración de poder en la "*lex inersorum*" se encuentra descentralizado y desconcentrado. La fuente de poder no radica entonces únicamente en la función legislativa o ejecutiva de los Estados y más bien se origina en los AIs gestados, negociados y ratificados por éstos, en función de las atribuciones constitucionales o legales que correspondan.

Los Estados, en su afán por insertarse competitivamente al "mundo global", limitan hoy por la

28 Cf. HIRSCH, Moshe (2006); *Interactions between Investment and Non Investment Obligations in International Investment Law*; En: International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, November 2006, Research Paper No. 14-06.

29 Ver: <http://www.analitica.com/va/vpi/6513181.asp> ; y <http://blog.pucp.edu.pe/item/27936>

30 BURKE WHITE, William; STADEN von, Andreas (2008); *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*; En: Virginia Journal of International Law, Vol 48:2; pp. 307 – 410.

31 Sobre la problemática de la contribución al desarrollo ver: KUNDMÜLLER, Franz; HERENCIA, Salvador (2006); *Estrategias para la Agenda Económico Social de la CAN*; Comisión Andina de Juristas; pp. 165 – 172.

vía de miles de tratados la aplicación del derecho internacional consuetudinario<sup>32</sup> y de su propio Derecho Público. Los Estados “ajustan” entonces su poder soberano, estableciendo reglas de atribución y exclusión de responsabilidad estatal frente a la inversión y a los inversionistas extranjeros<sup>33</sup>.

Complementando lo dicho, es pertinente resaltar que la “*lex inversorum*” también se origina en fuentes de “derecho blando” o *soft law*<sup>34</sup>. Este es tal vez el aspecto menos estudiado en el proceso evolutivo del derecho que regula las inversiones, desde la perspectiva local o doméstica<sup>35</sup>. Justamente el “derecho blando” adquiere una relevancia significativa no solamente en el ámbito del DII, pues constituye una característica saltante del actual proceso de globalización.

De otro lado y como ya se ha adelantado, los AIs han sido pactados entre Estados interesados en regular el flujo o la dinámica transfronteriza de inversiones, ante la ausencia de un tratado multilateral sobre la materia. La bilateralización del DII ha sido entonces la vía lógica y práctica, adoptada por los países. Tan es así, que todos los países del mundo han celebrado AIs<sup>36</sup>.

Los AIs vinculan a los países exportadores con los países importadores de inversiones o capital, haciéndolo en un plano bilateral de relaciones jurídico-económico-internacionales, mediante el cual los Estados adquieren obligaciones internacionales en materia de DII. Así se generan efectos dentro de las fronteras de dichos Estados y, por ende, también se producen consecuencias en materia de Derecho Público y Administrativo.

No obstante, la preponderancia económica que encontramos en el DII, en este espacio normativo tampoco se puede soslayar la presencia del interés público, como factor a tomar en consideración. Es así como lo público, expresado en las formas de protección o tutela del interés público, se debería encontrar en balance con el factor económico, en la composición del DII contemporáneo.

Este tratamiento especializado es diferente a la regulación o constitución de las instituciones ju-

rídicas tradicionales de derecho interno, donde la normativa se refiere generalmente a categorías jurídicas que encuentran un correlato en el espacio intrafronterizo de los países.

En cambio, el DII contemporáneo obedece a la realidad de las dinámicas transfronterizas que se expresan en el flujo de inversiones y generalmente las soluciones adoptadas en el marco del DII, como es lógico, son de carácter híbrido.

Justamente y a grandes rasgos, esto es lo que ocurre en el arbitraje entre Estados e inversionistas en el marco de la mayoría de AIs. Bajo este modelo arbitral se admite la posibilidad que un extranjero privado, persona natural o jurídica, inicie un arbitraje internacional contra un Estado, en la medida que se cumplan las condiciones establecidas en el respectivo AI o incluso a partir de un contrato, conteniendo un convenio arbitral que así lo estipule<sup>37</sup>.

De otro lado, es por todo ello que los AIs incorporan las disciplinas del derecho sustantivo de las inversiones, las que encuentran origen en los tratados internacionales y en el derecho internacional consuetudinario. Ello se expresa en una dimensión internacional y otra nacional, que abarca disciplinas como el trato nacional, la cláusula de la nación mas favorecida, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, entre otras.

La *lex inversorum*, en consecuencia, comprende medios de solución de controversias especiales. Pero dichos medios toman elementos y modelos de regulación que provienen tanto del sector público como del privado, del ámbito internacional y del doméstico o nacional, alcanzando en muchos casos una conformación híbrida de uso cada vez más frecuente, pero que al mismo tiempo no está exento de la tensión entre lo público y lo privado; es decir, entre el interés público y el factor preponderantemente económico comercial que encuentra tutela en el DII.

Tomemos en consideración, por ejemplo, que en el caso del inversionista extranjero que recurre a un foro internacional en aplicación de un AI,

32 Cf. LAUTERPACHT, Elihu (1997); *International Law and Private Foreign Investment*; En: Indiana Journal of Global Legal Studies, The Earl A. Snyder Lecture on International Law; p. 259.

33 HOBBER, Kai (2006); *State Responsibility and Investment Arbitration*; En: International Law Association; en: <https://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Hober.pdf>

34 Cf. SHELTON, Dinah (2006); *Normative Hierarchy in International Law*; En: American Journal of International Law, April 2006; 100 Am. J. Int'l L. 291.

35 Sin embargo, el “derecho blando” reviste suma importancia, si tomamos en consideración el rol de las fuentes del derecho, en el contexto del Derecho Internacional y ante toda la problemática que, por ejemplo, subyace a la determinación de dichas fuentes en el marco de determinados cuerpos jurídicos como el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su Artículo 38.

36 UNCTAD (2008); *The development dimension of International Investment Agreements TB/B/C.II/MEM.3/2*; p.2.

37 En el caso peruano esta posibilidad está claramente prevista incluso en sede constitucional, mediante las disposiciones que garantizan el arbitraje por parte del Estado Peruano.

38 Cf. CHOUDHURY; *Ibid.* ; p. 3.

nos encontramos ante un “jus standi” de carácter extraordinario; en especial si lo analizamos desde la concepción tradicional de la soberanía de los Estados y de sus consecuencias jurídicas<sup>38</sup>.

Dentro de la concepción tradicional de la soberanía estatal, desde una perspectiva netamente territorialista, correspondería que el Estado mantenga el monopolio de la jurisdicción estatal exclusiva y excluyente; en especial, para el caso de la solución de controversias entre el Estado y los extranjeros.

Este ha sido durante mucho tiempo el razonamiento seguido en diversos países, a partir de la noción jurídica e institucional del Estado Moderno, dando lugar a algunas derivaciones como la que encontramos en el caso de la Doctrina Calvo, como concepción regional en América Latina, que combina la noción de soberanía con la de igualdad entre nacionales y extranjeros, para prohibir finalmente la posibilidad que el Estado lleve a cabo arbitrajes internacionales<sup>39</sup>.

Según algunas fuentes, el DI contemporáneo es parte del Derecho que emerge en las últimas tres décadas en el ámbito internacional; en especial, desde el fin de la Guerra Fría, acompañando el proceso de evolución del Derecho Internacional en medio de las dinámicas derivadas de las descolonizaciones producidas en los tiempos de posguerra.

En este proceso participan una amplia gama de instituciones internacionales. Lo hacen en una dinámica en la que, a su vez, se incorporan los procesos sociales globales, teniendo como telón de fondo el monopolio en el uso de la fuerza por parte de los países occidentales “desarrollados”<sup>40</sup>.

Pero a su vez, el nuevo escenario global comprende la división de países que se superpone ahora a las tradicionales diferencias que existieron entre el norte y el sur durante los tiempos del bipolarismo ya extinguido<sup>41</sup> y surge como correlato de las herencias conceptuales inherentes a los tiempos coloniales que caracterizaron la concepción jurídica de las

relaciones entre el Norte y el Sur, durante mucho tiempo en el mundo.

Desde otra perspectiva y por contraste con la posición de CHIMNI y OKAFOR, resumida líneas arriba, BURLEY plantea las ventajas del Derecho basado en el liberalismo internacional. Señala este autor que el índice de “liberalidad” es un elemento que contribuye a homologar las estructuras y relaciones jurídico – políticas internacionales. Se entiende así que el cese del liberalismo constitucional en el que pudieran incurrir los países, comprendería el cese del Estado de Derecho y el de los tribunales estatales en el adecuado ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En consecuencia, según algunos autores como la citada, quedaría claro que bajo el modelo internacionalista liberal, se establecería un marco conceptual perfecto, mediante el cual se puede evaluar a los países que actúan en forma liberal o anti liberal, a efectos de proceder al diagnóstico correspondiente y medir así su evolución.

Esto, como si el mundo fuera una esfera perfecta y equilibrada, de dimensiones exactas y permanentemente medible. Como es evidente, esta metodología rechaza toda perspectiva pluralista y pasa por alto todo análisis crítico del Derecho y la sociedad e, incluso, aparentemente pasaría por alto toda posibilidad de tutela del interés público por parte del Estado<sup>42</sup>.

#### **A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA PROBLEMÁTICA ACTUAL, DESARROLLO ECONÓMICO, INTERÉS PÚBLICO Y AIIIS**

La evolución jurídica implica un proceso continuo, que constituye el fundamento para que los académicos estudien las diversas facetas que ofrece un Derecho Plural,<sup>43</sup> antes que buscar imponer modelos de arriba hacia abajo, que no contribuyen a efectos de reconocer la diversidad jurídica que requiere la realidad<sup>44</sup>.

39 CANTUARIAS, Fernando; KUNDMÜLLER, Franz (2008); *Solución de Controversias Inversionista Estado*; En: TLC Perú – Estados Unidos: contenido y aplicación; Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; pp. 456 – 458.

40 Los temas geoestratégicos y de defensa escapan a los límites de este trabajo, pero cabe señalar en este punto que en los últimos años dicho monopolio en el uso de la fuerza por parte de las potencias occidentales, se ha acentuado significativamente, comportando un amplio espectro de factores, como el incremento en el gasto de defensa en los EE.UU. o las acciones militares llevadas a cabo en diversos lugares del mundo, entre las que destacan el caso del Kosovo, Afganistán, Irak y otros.

41 Cf. CHIMNI, Bhupinder S. (2007); *A Just World Under Law: A View from the South*; American University International Law Review, Conference: The Eighth Annual Grotius Lecture Series. 22 Am. U. Int'l L. Rev. 199. Ver además: OKAFOR, Obiora Chinedu (2005); *Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail perspective*; En: Osgoode Hall Law Journal Vol. 43, No. 1&2.

42 BURLEY, Anne – Marie (1992); *Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*; En: Columbia Law Review 1907; 92 Colum. L. Rev. 1907; pp. 1909 – 1996.

43 GUEVARA GIL, Armando (2006); *Las Causas Estructurales de la Pluralidad Legal en el Perú*; En: Global Jurist Frontiers: Vol. 6 : lss. 1, Article 1.; <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol6/iss1/art1>

44 Cf. SCHIFF BERMAN, Paul (2007); *A Pluralist Approach to International Law*; En: The Yale Journal of International Law; Vol. 32:301; pp. 301 – 328.



Las reglas mediante las cuales los Alls regulan los aspectos referidos a la promoción del desarrollo económico y la tutela del interés público se agrupan dependiendo de la modalidad en que dichos temas son tratados<sup>45</sup>.

Es así como los Alls contienen referencias al desarrollo económico en sus preámbulos,<sup>46</sup> lo que resulta primordial desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Tratados, cuya doctrina establece que los preámbulos son vinculantes para las partes al igual que las normas sustantivas pactadas por éstas.

En efecto, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece como criterio para la interpretación de los tratados, el tomar en consideración cada uno como conjunto. Lo que incluye el preámbulo. Estas referencias constituyen el marco general dentro del cual se entienden las normas de derecho sustantivo y adjetivo que tratan sobre el tema de la inversión en cada All<sup>47</sup>.

A su vez, dichas referencias se basan en una serie de antecedentes, como los que se comentan a continuación y que constituyen evidencia de la preocupación que tienen los Estados en lo referente al desarrollo económico, cuando negocian y ratifican este tipo de tratados.

Cabe citar, por ejemplo, la concepción jurídica que sirve de base para el CIADI, cuando el respectivo tratado multilateral destaca el rol de las inversiones internacionales en lo que concierne al desarrollo económico, a partir de la cooperación internacional y en el contexto del DII. El tratado precisó los alcances del CIADI en los siguientes términos, poniendo de manifiesto la relación directa que existe entre inversión internacional privada y desarrollo económico:<sup>48</sup>

Los Estados Contratantes  
Considerando la necesidad de la coope-

*ración internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado (...).*

Otro tratado multilateral de suma importancia en el ámbito del DII y más reciente que el CIADI, es la Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral para la Garantía de las Inversiones, por sus siglas en inglés: MIGA<sup>49</sup>. El MIGA es una agencia del grupo del Banco Mundial que garantiza y brinda seguro a las inversiones en caso de riesgo político. Tiene personería jurídica internacional y cuenta con los privilegios e inmunidades que el Derecho Internacional Público reconoce a favor de las organizaciones internacionales<sup>50</sup>.

«Resulta absurdo exigir los mismos estándares de protección a un Estado de un país “en vías de desarrollo”, que a un Estado de un país “desarrollado”. Ello, porque simplemente las capacidades no son las mismas y siendo ello objetivamente verificable. Es el caso de la aplicación del estándar de la protección y seguridad plenas, por ejemplo»

45 Cf. HAMIDA; *Ibid.*

46 No son ajenos a esta realidad los Alls ratificados por el Perú. Ver, por ejemplo, el preámbulo del TLC o Acuerdo de Promoción Comercial que destaca la importancia del tratado para la promoción del desarrollo económico y la lucha contra las drogas: [http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/00\\_Preambulo\\_limpio.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/00_Preambulo_limpio.pdf)

47 En algunos casos, los Alls incluyen reglas que le permiten a los países establecer mediante su derecho interno cuales son las inversiones protegidas por el tratado. Es el caso del tratado bilateral de inversiones, BIT, celebrado entre Canadá y Costa Rica de 1998. También ocurre en el BIT de Corea del Sur y Tailandia, de 1989. Lo mismo ocurre en tratados celebrados entre Singapur y Malasia, entre Chile y Argentina de 1991, entre Argentina y Costa Rica de 1993, entre Bolivia y Perú de 1993 y entre Chile y Honduras, de 1996. Ver: HAMIDA; *Ibid.*; p. 1004. Esto, por contraste con la nomenclatura que adopta el TLC Perú con Estados Unidos, donde se incorpora una definición taxativa de inversión, regulada por el propio tratado en el Art. 10.28 sobre definiciones. Ver: [http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10\\_Inversion\\_limpio.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10_Inversion_limpio.pdf)

48 ICSID (2003); Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington D.C.; p. 11; En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

49 Ver Convención MIGA en: <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1107>

50 ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis Philippe (2006); *Investment Guarantee: From a National to an International Perspective*; En: International Law Association; En: <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Ziegler%20rev.pdf>

En consecuencia, el MIGA cuenta con una estructura institucional para el ejercicio de sus funciones, incluyendo un Consejo de Gobernadores, un Directorio integrado por doce miembros y un Presidente de Directorio que tiene a su cargo las decisiones ejecutivas de la institución en lo referente a brindar garantía a las inversiones extranjeras radicadas en los países miembros de la convención. La Convención del MIGA entró en vigencia el 12 de abril de 1988.

Su concepción jurídica fundamental también recoge los principios básicos inherentes a la cooperación para el desarrollo. En tal sentido, tal como establece el preámbulo de la convención, existe la necesidad de reforzar la cooperación internacional para el desarrollo económico y promover la contribución que en ese sentido puede brindar la inversión extranjera, de donde también fluye la necesidad de prevenir los riesgos no comerciales:<sup>51</sup>

*Considering the need to strengthen international cooperation for economic development and to foster the contribution to such development of foreign investment in general and private foreign investment in particular;  
Recognizing that the flow of foreign investment to developing countries would be facilitated and further encouraged by alleviating concerns related to non-commercial risks;*

Por cierto que, esta estructura conceptual, al igual que la que encontramos en el caso del CIADI, no se encuentra aislada y es a su vez un correlato del Derecho Internacional para el Desarrollo. Podemos encontrar referencias a éste, por ejemplo, en la Resolución N° 1707 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Comercio Internacional como Fuente Primaria para el Desarrollo, así como en la Resolución N° 1710 de la misma Asamblea, a la que se suma la N° 1803 sobre Soberanía Permanente de los Recursos Naturales de las Naciones, entre otras fuentes de diversa jerarquía y relevancia, que encontramos en el Derecho Internacional que caracterizó los tiempos del bipolarismo y a los intentos por limar las asperezas entre el norte y el sur.<sup>52</sup>

Cabe destacar que la resolución de Naciones Unidas sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales de las Naciones recoge la siguiente afirmación en su Artículo 6°, refiriéndose nuevamente

a la cooperación internacional para el desarrollo, al igual que lo hicieron la Convención CIADI y la Convención del MIGA:<sup>53</sup>

La cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, ya sea que consista en inversión de capitales, públicos o privados, intercambio de bienes y servicios, asistencia técnica o intercambio de informaciones científicas, será de tal naturaleza que favorezca los intereses del desarrollo nacional independiente de estos países y se basará en el respeto a su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.

Así como podemos encontrar la redacción usual en los preámbulos en los Alls, donde se destaca la relación entre inversión y desarrollo económico, también podemos apreciar una serie de modelos de regulación que toman en consideración el tema del interés público en sus distintas expresiones, locales e internacionales.

Bajo esta perspectiva es que los Alls contienen medidas de exclusión de beneficios, que se basan en supuestos bajo los cuales un inversionista quedaría fuera de la protección del All en caso existieran razones de interés público que así lo justifiquen. Conforme la doctrina anglosajona se trata de "Non Precluded Measures Provisions"<sup>54</sup> o, para la doctrina francesa, "Les dérogations conventionnelles"<sup>55</sup>.

En general, se trata de supuestos previstos y pactados en los Alls, que comprenden situaciones bajo las cuales la protección al inversionista queda en suspenso. Las razones son diversas, como los motivos basados en la seguridad nacional, la paz y seguridad internacional, el orden público, la salud pública, la moral pública y las situaciones de extrema urgencia o necesidad. Lo interesante es que en los últimos años se ha producido casuística arbitral que ha concluido mediante laudos que no siempre son homogéneos en el tratamiento de los temas referidos al interés público<sup>56</sup>.

En los recientes casos arbitrales derivados de la crisis argentina, por ejemplo, se constata un tratamiento contradictorio de estos temas, en particular, al abordar la interpretación del estado de necesidad que habría motivado una serie de decisiones guber-

51 Ver: <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1116#pre>

52 Cf. ROWE, Vaughan (2007); *Changing Dimensions of International Investment Law*; En: Lectures delivered at the Chinese Academy of International Law in Xiamen, China, September 2006; University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series; Working Paper No. 4/2007; March 2007; pp. 1 – 6.

53 Resolución No. 1803, GA 1803 (XVII), Off.Doc. CA UN, 17ava sesión, Doc. UN a/17/1803 (1962) 15, Art. 6; En: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0196/83/IMG/NR019683.pdf?OpenElement>

54 BURKE WHITE, William; STADEN von, Andreas; *Ibid.*

55 Cf. HAMIDA; *Ibid.*

56 FRANCK, Susan (2005); *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*; En: *Fordham Law Review*; Vol. 73; pp. 1585 -1591

namentales del Estado de la República Argentina, respecto de la inversión extranjera.

Es lo que ha ocurrido en los casos CMS con Argentina y Enron con Argentina, donde el tribunal arbitral, en cada caso, concluye que no ha habido estado de necesidad derivado de la crisis y no encuentra justificación para las medidas adoptadas por el gobierno argentino.

Algo distinto se concluye en el caso LG&E Energy Group con Argentina, donde se establece la exclusión de la aplicación de un All para la protección del inversionista, debido a que resultaba prioritario proteger los intereses y derechos esenciales, exonerando así de indemnización a cargo de la Argentina. Aplicando criterios diferentes, también un tribunal arbitral exoneró al Estado Argentino de responsabilidad en el caso Continental Casualty Company contra el mismo país.

Curiosamente, en todos estos casos, los hechos y los alegatos esgrimidos en la defensa de la parte estatal, prácticamente, son los mismos, ya que se trata de casos que tienen origen en la crisis de principios de la actual década. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en sede jurisdiccional estatal, en estos arbitrajes, las conclusiones y decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales son diferentes<sup>57</sup>. No solo se trata de los mismos hechos, pues, además, se trata de casos que llevan a cabo la interpretación del mismo artículo del BIT Argentina – Estados Unidos<sup>58</sup>.

La doctrina contemporánea en materia de DII critica estos resultados y, en consecuencia, acusa de inconsistencia así como de la existencia de una crisis de legitimidad en el arbitraje entre Estados e inversionistas<sup>59</sup>. El hecho de que se produzcan laudos contradictorios es una consecuencia lógica en un contexto jurídico descentralizado y heterogéneo como el que presenta el DII actual, al reunir a miles de Alls, esencialmente, en el plano bilateral de relaciones jurídico económicas entre Estados.

Las respuestas que se han formulado desde la doctrina a este problema se han ido diversificando con el incremento de arbitrajes. Van desde la denuncia académica de las inconsistencias, incluyendo información estadística sobre casuística arbitral

que concluye mediante laudos contradictorios,<sup>60</sup> pasando por propuestas para introducir una segunda instancia en los arbitrajes entre Estados e inversionistas,<sup>61</sup> y siguiendo con propuestas para atender la problemática a partir de los medios que ofrece el Derecho Internacional de los Tratados, con la finalidad de homologar los laudos aplicando criterios de interpretación radicados en el Derecho Internacional Público<sup>62</sup>.

Otras fuentes, que se suman a las citadas, destacan la necesidad de que, en especial, los países en vías de desarrollo, incluyan en sus Alls disposiciones que permitan sustentar decisiones basadas en el interés público, que eventualmente pudieran causar efectos a la inversión extranjera, pero adoptando estándares que permitan tomar en consideración el contexto de la realidad en la cual se toman dichas decisiones.

Desde esta perspectiva, totalmente atendible, se señala que resulta absurdo exigir los mismos estándares de protección a un Estado de un país “en vías de desarrollo”, que a un Estado de un país “desarrollado”. Ello, porque simplemente las capacidades no son las mismas y siendo ello objetivamente verificable<sup>63</sup>. Es el caso de la aplicación del estándar de la protección y seguridad plenas, por ejemplo.

Tomando en consideración las diversas fuentes que se refieren a la problemática del interés público en el DII y en el arbitraje en inversiones así como las soluciones que se plantean desde la doctrina, se aprecia que estas propuestas influyen en la conformación futura de las disposiciones en los Alls.

Del mismo modo, si bien en una primera etapa podemos advertir, al igual que FRANCK,<sup>64</sup> que existen posibles inconsistencias en los laudos, también es cierto que la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones deberá homologarse paulatinamente.

Cabe destacar que el proceso de homologación comprende necesariamente la incorporación de criterios y supuestos orientados a la tutela del interés público en sus diversas modalidades, por lo que podemos decir que hoy se han generado las condiciones para recurrir a los conceptos del Derecho Público, sus fuentes y contenidos.

57 Cf. HAMIDA; p. 1007.

58 *Ibid.*

59 Cf. FRANCK, *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 IISD (2004); Comments on IDSID Discussion Paper “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”; International Institute for Sustainable Development, Canadá.

62 Cf. BURKE WHITE, William; STADEN von, Andreas; *Ibid.*

63 ALEXANDER, Emily (2008); *Taking Account of Reality: Adopting Contextual Standards for Developing Countries in International Investment Law*; En: Virginia Journal of International Law; Vol 48:8, pp. 815 – 839.

64 Cf. FRANCK, *Ibid.*

Pero tampoco cabe descartar la necesidad de perfeccionar los marcos normativos de los respectivos AIs, renegociándolos y adoptando disposiciones que hagan posible una regulación adecuada a las necesidades de la realidad.

En tal sentido, los medios jurídicos que podemos encontrar, tanto en el Derecho Internacional Público, como en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aportan elementos significativos a ser tomados en consideración por los tribunales arbitrales, máxime cuando queda demostrada la importancia del Derecho Internacional para el Desarrollo, en la raíz de los AIs contemporáneos. Estos conceptos deberían influir en la capacidad argumentativa a desarrollar por parte de los Estados, con miras a la defensa de decisiones basadas en razones de Estado.

Es por todo esto que el futuro tratamiento del DI en los AIs, así como el proceso de incorporación de estos al derecho interno, transita por la doble vía de los aspectos inherentes al Derecho Público y al Derecho Internacional. Por lo que, para terminar estas reflexiones, solo cabría preguntarse si en la actualidad las estrategias de defensa diseñadas por parte de los Estados en los casos arbitrales derivados de AIs, ¿toman o no toman en cuenta estos factores?

Dado el sesgo eminentemente comercial que aún tiene el DI, así como tomando en consideración que muchos países, en especial, los que se encuentran “en vías de desarrollo”, carecen de capacidades suficientes, es altamente probable que estos factores recién estén en proceso de incorporación a las referidas estrategias. CA

---

65 ALEXANDER, Emily (2008); *Taking Account of Reality: Adopting Contextual Standards for Developing Countries in International Investment Law*; En: *Virginia Journal of International Law*; Vol 48:8, p. p. 815 – 839.