

---

## El Arbitraje Internacional: análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana

---

Aníbal Quiroga León  
Mariella Trujillo Württle

«El mundo por el que transitamos, tan vertiginoso como apasionante, tan interdependiente como altamente globalizado, en el que la arrolladora realidad muestra que los intercambios económicos tienden a aumentar en cantidad y en sofisticación, invita a las empresas a sentirse cada vez más impulsadas a la conquista de nuevos mercados. Por cierto que no se trata de una inclinación novedosa, ya que desde los albores de la historia, las personas físicas y jurídicas, estimuladas por el espíritu abierto a la aventura del género humano, comprendieron la necesidad de anudar por encima de las fronteras estatales las relaciones jurídicas internacionales que dieran nacimiento al Derecho Internacional Privado. Estas mismas razones, son las que, simétricamente causan la mayor litigiosidad.

[...]

Estamos en presencia de un método de solución de las desavenencias caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno como el arbitraje comercial internacional; pero en el plano internacional poseen una virtud adicional al constituir, por antonomasia la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables sintiéndose inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados conocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales».

Sara L. Feldstein De Cárdenas.- *Los beneficios del Arbitraje Comercial Internacional*

## I. La controversia surgida entre empresas inversionistas en el Perú y el Estado peruano

### I.1. ¿Qué es un acto administrativo?

Escuin Palop<sup>1</sup> define al acto administrativo como:

«[...] una decisión unilateral ejecutoria de una Administración Pública, realizada en el ejercicio de una potestad administrativa, por la que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada. Destaca en el acto administrativo su carácter de unilateral, esto es, que no requiere de la voluntad de su destinatario para que produzca efectos. En contraste, la actividad jurídica de los particulares para desarrollar su eficacia en sujeto distinto del que la realiza, requiere la aceptación del afectado, incluso en el supuesto de que sean exclusivamente favorables, [...].

Consistiendo todo acto jurídico en una declaración de voluntad, deseo, conocimiento, o juicio productor de efectos de esta naturaleza, la doctrina italiana perfiló los actos administrativos como “cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizado por un sujeto administrativo, en el ejercicio de una potestad administrativa, por el que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada”, definición que contiene las siguientes notas esenciales:

Los actos administrativos son actos jurídicos, esto es, declaraciones y no meras actuaciones materiales. [...].

El acto administrativo proviene de una administración pública (estatal, autonómico, local o institucional). [...].

La declaración debe ser consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. [...].»

La emisión de un acto administrativo supone de manera evidente que los órganos de la administración pública, en ejercicio de las facultades de *Ius Imperium* que les confiere la Constitución y la ley —en específico la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444)<sup>2</sup>—

1 Vicente Escuin Palop, *Introducción al Derecho Público (Instituciones)*; TECNOS, Madrid 1997; pp. 104 y ss.

2 El 11 de octubre del 2001 entró en vigencia la Ley del Procedimiento Administrativo General, promulgada mediante la Ley N° 27444, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril del 2001.

están ejerciendo la jurisdicción administrativa entendida ésta dentro de los alcances de lo expuesto en el presente acápite.

La legislación peruana define al *acto administrativo* como:

«Ley general del procedimiento administrativo

Art. 1°.- Concepto de acto administrativo.-

Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

No son actos administrativos:

Los actos de la administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.»

La **jurisdicción administrativa es entonces la facultad de todo órgano que es parte de la administración pública de «decir derecho» a un caso concreto de orden administrativo**, con efectos intersubjetivos (interpartes), que causen estado (*status* jurídico) en el administrado, lo que requiere que el órgano emisor del acto administrativo, luego de apreciar el hecho que será materia de la declaración que se expida, sea interpretado dentro de los alcances de las normas legales vigentes y se sancione como legal o no.

Tradicionalmente se ha considerado que los actos administrativos, hechos de la administración y actos de gobierno gozan de una condición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se obliga al ciudadano y a los poderes públicos en general a presumir su validez otorgándoseles eficacia inmediata, es decir ejecutividad. Ello, empero, constituye sólo una presunción jurídica y no exime en ningún caso a la administración pública de responsabilidad ante la ley y los administrados por tales actos, ni le concede **inmutabilidad, ni impunidad** a los mismos. Si bien la mayoritaria doctrina reconoce el principio de eficacia de los actos administrativos; ello no quiere decir que los administrados carezcan de protección cuando el ejercicio de dicho poder excede los marcos legales establecidos.

Hoy en día se consideran como valores superiores del ordenamiento jurídico aquellos derechos, libertades y garantías que el Estado reconoce a los ciudadanos y entidades que conforman la sociedad civil. Los administrados, por tanto, tienen el derecho de cuestionar ante el organismo competente los actos administrativos que pudieran generar tratamientos arbitrarios, discriminatorios o desproporcionados en relación a sus fines.

Lo expuesto tiene como antecedente originario a la bien conocida «Teoría de separación de los poderes» que la unánime doctrina del Derecho Constitucional ha atribuido a Carlos María de Secondât, Barón de Montesquieu<sup>3</sup>, y que ahora se halla reformulada por la pacífica teoría del control inter-órganos e intra-órganos de Karl Lowenstein<sup>4</sup>, bajo la idea aristoteliana de que «el poder absoluto corrompe absolutamente, por lo que sólo el poder puede controlar al poder», en ese sentido, el poder absoluto previo a la conformación de Estado de Derecho se diluía con su división absoluta y el establecimiento de mecanismos de controles de sus partes entre sí («pesos y contrapesos»; «*checks and balances*», etc.) en un Estado moderno de derecho.

El concepto de administración pública, está referido a las atribuciones que la Constitución confiere a los diferentes órganos que la conforman, sin distinguir en ello el nivel que tengan dentro de la jerarquía o niveles de órganos de la administración pública, o del órgano del Estado de la que provengan las diversas actividades administrativas.

### *1.1.1. Clasificación de los actos administrativos*

Los actos administrativos pueden ser de dos tipos:

- (i) Aquellos que tienen efectos particulares; y,
- (ii) Aquellos que tienen efectos generales, efectos normativos generales (es decir, actos legislativos derivados), tales como Decretos Supremos Reglamentarios, Resoluciones Supremas de efectos generales, Resolu-

---

3 Barón de Montesquieu, *Esprit des lois*; 1, Cap. VI. «*Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive*»; Cit. por Aníbal Quiroga León, «Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia», en: *La Constitución Diez Años Después*; Fundación Naumann, Lima, 1989.

4 Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*; 2da. Ed., Barcelona, 1970; Cit. por Eduardo García De Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. Civitas, 3ra. Ed., Madrid, 1985.

ciones Ministeriales, Resoluciones Directorales, Sub-Directorales, etc., vale decir, todos aquellos actos administrativos destinados a generar una normatividad genérica y que no contengan un acto administrativo de efectos intersubjetivos, y que constituyan en esencia leyes en sentido material, aunque no lo sean en sentido formal, según la muy conocida diferenciación de Karl Lowenstein<sup>5</sup>; esto es, verdaderas normas legales en sentido material y que por ello son denominadas por la doctrina como de legislación derivada o leyes ejecutivas emanadas de la administración pública.

En consecuencia, resulta incuestionable que la administración pública tiene por finalidad esencial ejecutar actos y hechos de la administración, mediante los actos jurídicos-administrativos de efectos particulares o mediante los hechos administrativos discrecionales con trascendencia jurídica (decisiones de la autoridad administrativa); y al mismo tiempo tiene una labor legislativa «derivada» al poder expedir actos administrativos de alcance general (Reglamentos) con contenido material de ley e insertos dentro del ordenamiento jurídico de conformidad y dentro de su rango legislativo correspondiente. Asimismo, tiene una facultad jurisdiccional administrativa en los procesos administrativos que lleva de acuerdo con sus diversos órdenes competenciales, pudiendo hablarse de una «justicia (o jurisdicción) administrativa», sólo que ésta siempre estará bajo el control del Poder Judicial mediante la Acción Contencioso-Administrativa que prevé el Art. 148° de la Carta Constitucional de 1993, salvo las muy contadas excepciones de los «casos políticos no judiciales».

Hechas las precisiones precedentes en torno a la naturaleza y origen de los actos administrativos, cabe señalar que el lugar donde se deberán debatir y resolver los conflictos que tengan por origen una actuación de la administración pública deberá ser necesariamente el foro de control que la Constitución de cada Estado haya reservado para tal fin. No debemos olvidar que al someternos a un proceso contencioso-administrativo estamos ingresando a una actividad de control intra órganos, donde la sede de control (el Poder Judicial en el caso peruano) deberá ejercer dicho control y con ello verificar si se está cumpliendo la ya mencionada teoría de los «pesos y contrapesos» (*«checks and balances»*), y determinar si efectivamente la administración pública ha actuado de modo correcto

---

5 Karl Lowenstein, *Op. cit.*

o por el contrario se ha excedido en las atribuciones que el propio Estado a través de la Carta Constitucional en su reparto de asignaciones públicas *le ha conferido*.

Estamos, pues, ante una clara situación de control constitucional, y los actos jurisdiccionales que se expidan en este tipo de acciones judiciales tiene la condición de indelegable, esto es, el Poder Judicial no puede delegar a otra autoridad la función que se le ha conferido de ejercer control sobre los actos de la administración pública.

## II. Los actos administrativos de los gobiernos locales

Los actos administrativos normativos que puede expedir una Municipalidad o Gobierno Local, conforme a lo previsto en el Art. 109° de la Ley de Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) son:

- (i) Ordenanzas Municipales;
- (ii) Edictos;
- (iii) Acuerdos de Consejo;
- (iv) Decretos; y,
- (v) Resoluciones.

Las tres primeras nombradas se encuentran legisladas en el Art. 110° de la Ley Orgánica de Municipalidades, y son aquellas mediante las cuales los Gobiernos Locales ejercen sus funciones de administración y de gobierno. La norma señalada nos dice literalmente:

«Art. 110°.- Las Ordenanzas son las normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades a la propiedad privada.

Los Edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos Municipales y el reglamento de organización interior.

Los Acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la Municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional».

Los Decretos de Alcaldía y las Resoluciones de Alcaldía son aquellas normas de carácter estrictamente administrativo y se encuentran determinadas en el Art. 111° de la mencionada norma legal, que a la letra dice:

«Art. 111°.- Los Decretos establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración Municipal o resuelven o regulan los asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

Las Resoluciones resuelven asuntos de carácter administrativo».

Como se aprecia de los puntos precedentes, las Municipalidades como cualquier otro órgano de la administración pública rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular. Cualesquiera sea la denominación que le demos a los actos administrativos que expresan la voluntad del gobierno local éstos podrán ser materia de control de la misma forma que la ley prevé para los demás casos; con la sola excepción de la Ordenanza Municipal, norma de mayor jerarquía dentro de la legislación Municipal y que la Constitución le confiere en el Art. 200° Inc. 4 al someterlas al control del Tribunal Constitucional extrayéndola del natural control judicial. Lo que no supone de modo alguno que en sentido estricto estemos ante una ley, de las mismas características que las promulgadas por el Poder Legislativo. Son normas que por mandato constitucional, y dada la importancia que tienen dentro del ámbito vecinal o comunal sobre el cual están dadas, y por su origen de **legitimación popular**, han sido puestas por un arbitrio de la Constitución bajo el mismo control que se le da a una ley, pero no por ello se les puede asemejar o reconocer como a una ley en sentido estricto, y no se puede tomar como base su carácter de general puesto que existen otras normas administrativas de alcance general que tampoco tienen el rango que la Constitución ha reservado sólo a las leyes y a las demás ya señaladas como del mismo rango, siendo sólo una opción legislativa adoptada por nuestra Carta Constitucional que «privilegia» a las Ordenanzas Municipales sólo en cuanto a su control constitucional o de legalidad dentro de las diferentes normas a las que les asigna el mismo rango legal, y esto puede explicarse como consecuencia de la independencia y origen popular de los Gobiernos Locales, independencia y autonomía que por lo demás no

supone de ninguna manera la creación de un pequeño Estado dentro del Estado peruano (atiéndase, además, que son más de mil ochocientos Municipalidades en toda la República) y no puede un gobierno local, por más legítimo de base popular que sea (es decir, proveniente del **sufragio directo** de sus electores en su ámbito territorial, grande, mediano o pequeño; provincial o distrital) al dictar mediante Ordenanzas, imperativos legales de carácter general que no pueden transgredir aquellos determinados por las leyes de la República en sentido estricto, ni tampoco que transgredan el ámbito territorial sobre el cual tienen competencia los municipios o gobiernos locales.

### **III. Acciones legales que se pueden adoptar contra un acto administrativo inconstitucional**

¿Qué hacer frente a la expedición de un acto administrativo cuya ejecución supone la vulneración de derechos fundamentales o la violación del principio de legalidad?

La interrogante antes expuesta nos conduce a pensar en un abanico de posibilidades a través de las cuales el administrado puede ejercer su derecho de acción, con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales y con ello el cese de la violación constitucional de la cual es objeto, y donde la propia administración pública es la que incurre en el acto inconstitucional.

Analicemos en primer lugar las posibilidades que se presentan al administrado a fin de que se cese la violación constitucional.

#### **III.1. Acción de Amparo constitucional**

La expedición de un acto administrativo municipal, cualquiera sea su denominación o jerarquía, podría estar antecedido o ser consecuencia de un procedimiento<sup>6</sup> que conlleve la flagrante violación al Derecho a

---

6 Como ejemplo práctico podríamos citar la expedición de una Ordenanza Municipal mediante la cual se impone un tributo de naturaleza municipal que no se encuentra previsto dentro de las Facultades tributarias de un Gobierno local. En segundo orden de ideas podemos mencionar como ejemplo la expedición de un Acuerdo de Consejo mediante el cual se pretende ejecutar una Resolución de Alcaldía cuyos efectos han sido suspendidos a través de una Orden Judicial.

un Debido Proceso Legal, o de la ausencia absoluta de procedimiento administrativo previo (arbitrariedad absoluta). Esto sin perjuicio de los demás derechos constitucionales que con dicho acto administrativo podría además vulnerar. Cabe señalar en este punto que la vigente legislación administrativa peruana contempla como uno de sus principios elementales el **debido procedimiento administrativo**:

«Art. IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

[...]

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo»<sup>7</sup>

La violación del derecho fundamental a un Debido Proceso Legal (ver, p.ej., la nota a pie de página N° 6 supra) confiere derecho a quien resulte directamente afectado con su vulneración, a interponer una **Acción de Amparo constitucional**. Esto es así habida cuenta que nos encontraríamos frente a un caso de violación constitucional derivada de los efectos de sendos actos administrativos. Cabe señalar, en este punto que a través de la Acción de Amparo constitucional podríamos atacar los efectos de los actos administrativos antes señalados, y a partir de ello obtener su inaplicación por ser violatorios de la Constitución.

---

7 La regulación del principio al debido procedimiento administrativo es una derivación conceptual del concepto del Debido Proceso y que ha sido en parte desarrollado y recogido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional donde se ha determinado que el Art. 139° Inc. 3 de la Constitución Política del Estado, que consagra el Derecho Fundamental a un Debido Proceso Legal, es también aplicable a cualquier tipo de proceso, sea en sede judicial como en sede administrativa e incluso en los procedimientos que se tramitan ante una institución privada. Cabe acotar respecto de la cita legal en mención que, los principios del derecho administrativo a los que se refiere la norma deben ser concordados con los principios del derecho constitucional procesal que se encuentran plasmados tanto en el Art. 2° como en el Art. 139° de la Constitución Política del Estado.

La legitimación procesal en la Acción de Amparo estará conferida a aquella persona, o quien de ella derive legítimamente el derecho, de verse directamente afectada con la inconstitucional actuación de la administración pública.

### III.2. Acción contencioso administrativa

Estamos ante una acción judicial que tiene por finalidad el ejercicio del control judicial de la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos de efectos particulares emitidos por la autoridad edil y donde se hayan vulnerado los principios elementales del derecho administrativo, como, p. ej., la expedición de un Acuerdo de Consejo que suponga la imposición de un tributo cuya regulación se ha conferido al Gobierno Central, o la imposición de una sanción o restricción de un derecho sin previo proceso administrativo alguno.

Las resoluciones administrativas en general, como hemos señalado precedentemente, no tienen carácter inmutable, ya que tales actos administrativos estarán siempre supeditados a las circunstancias de hecho que las motivan; por eso un sector de la doctrina afirma que tendrían autoridad de **cosa juzgada**, como ocurre en el caso de las resoluciones judiciales; sino de «**cosa decidida**»<sup>8</sup>. No pueden ser cambiadas de ordinario por la administración pública (ya que ya está decidido), pero podrían ser modificadas (ergo, no gozan en principio de la inmutabilidad de los fallos judiciales finales) por la autoridad judicial en la acción contencioso-administrativa, que es una acción de control inter-órganos, si ésta se plantea en la debida forma y en el plazo que la ley de la materia describe y prevé.

---

8 Bien vista, tal diferenciación, entre «**cosa juzgada**» y «**cosa decidida**», no existe en la teoría del proceso, y más parece ser una construcción artificial que real. Bien visto, no hay diferencia semántica entre ambas acepciones y terminan siendo expresiones sinónimas. La «**cosa juzgada**» (*res iudicata*) es aquella cualidad de la sentencia judicial que la hace inimpugnable, inmodificable e inmutable. Sin embargo, la propia doctrina de la cosa juzgada admite la diferencia entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material; y, por otro lado, una decisión administrativa lesiva a un ciudadano, con el plazo de caducidad vencido, es también inimpugnable, inmutable e inmodificable por la voluntad del afectado lesionado que no decide cuestionar el fallo administrativo en sede judicial (principio procesal de la «libertad de la demanda»).

Si un particular fuera afectado en su derecho subjetivo o en su interés legítimo por un acto administrativo o en sus derechos subjetivos por un hecho, puede interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamos que le permite el ordenamiento jurídico vigente. Si el recurso o reclamo se resuelve en forma estimatoria, es decir, si la decisión administrativa satisface las pretensiones del particular, éste no tiene razón ni intérpretes para obrar para seguir cuestionando el acto administrativo o para forzar una solución judicial que ya logró en sede administrativa. Ahora bien, si se presenta el supuesto contrario, vale decir si la decisión administrativa es desestimatoria, contraria a las pretensiones del particular, a éste -y sólo a éste- le queda la posibilidad de acudir a la vía judicial en uso de la acción contencioso administrativa que es, en puridad, una acción de control constitucional del Poder Judicial sobre los actos y hechos de la administración pública que «causen estado». El órgano judicial interviene en estos casos, entonces, de modo **residual** (sólo a petición del administrado, nunca de la administración pública), y de manera **supletoria**, es decir, en defecto de la satisfacción que ha sido negada por el propio accionar de la administración pública. Allí donde la administración pública quiere afectar al ciudadano, lo hace directamente por medio del *ius imperium* de que goza en los actos y hechos de la administración, sin necesidad de acudir a autoridad ninguna; y allí donde la administración pública satisface al ciudadano en su prestación, éste carecerá de legítimo interés para obrar contra el acto o hecho administrativo que le es favorable.

La Acción Contencioso-Administrativa de que trata el Art. 148° de la Constitución es en puridad una acción de control Inter-órganos que se define, en su naturaleza jurídica, como una **acción constitucional de control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos y hechos administrativos de carácter y efecto particular en los ciudadanos por parte de la administración pública.**

Rubio y Bernales<sup>9</sup> precisan por un lado que la Acción Contencioso-Administrativa tiene por finalidad recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin que revise la adecuación al sistema jurídico de las decisiones administrativas que versan sobre derechos subjetivos de las personas. Por eso,

---

9 Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Constitución y Sociedad Política*; Mesa Redonda Eds., Lima, 1985, p. 424.

concluyen, que esta acción es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la administración frente a los justiciables<sup>10</sup>.

### III.3. Acción de levantamiento de barreras burocráticas

Una posibilidad novedosa y ciertamente poco tratada en nuestro medio es acudir a la propia administración pública a solicitar un pronunciamiento respecto de la ilegalidad del acto administrativo ilegal o inconstitucional, y que adicionalmente suponga una imposición de una denominada **barrera burocrática**<sup>11</sup>.

Cabría precisar respecto a la posibilidad de cuestionar un acto administrativo mediante un proceso administrativo sobre levantamiento de barreras burocráticas ya que éste es un procedimiento en sede administrativa y únicamente competencia de autoridades internas. Además, cualquier decisión sobre esta petición es susceptible de ser impugnada en la vía judicial, también a través de una Acción Contencioso Administrativa, en los términos expuestos en el punto precedente.

### III.4. Arbitraje nacional derivado de un contrato celebrado con el Estado peruano

El Estado peruano a través de la Comisión de Inversiones y Tecnología Extranjeras -CONITE- ha celebrado una serie de Convenios de Estabilidad Jurídica (en adelante el Convenio de Estabilidad), al amparo de las normas vigentes y que tienen como fundamento el fomento a la inversión privada extranjera.

Los Convenios de Estabilidad han sido celebrados sobre la base de un Contrato Modelo aprobado por el Estado peruano, que contempla

---

10 Mediante Ley N° 27584 se promulgó la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, vigente desde el 16 de abril del 2002. Si bien la nueva legislación peruana supone un cualitativo avance en la regulación del proceso contencioso administrativo, creemos que incurre en algunos errores como por ejemplo conferir legitimidad a la Administración Pública para recurrir de sus propios actos ante el poder judicial.

11 El tema de las Barreras Burocráticas y su relación con el Derecho Procesal Constitucional ha sido tratado por el coautor del presente trabajo. Ver: Anibal Quiroga León, «El Control Constitucional de las Barreras Burocráticas y las facultades del INDECOPI». En: *Derecho PUC* N° 51, Lima, Fondo Editorial PUC del Perú, 1997; p. 323 y ss.

en casi todos sus casos el sometimiento de las controversias que se deriven del mismo a un proceso arbitral, regulado por las leyes en materia de arbitraje y por el derecho nacional.

Los Convenios de Estabilidad han previsto en todos sus casos que el *inversionista*, mantiene un régimen de estabilidad y se le reconoce «el derecho a la no discriminación conforme a lo prescrito en el inciso c) del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 662 que implica que el Estado en ninguno de sus niveles, ya se trate de entidades o empresas del gobierno central, gobiernos regionales o locales, podrá aplicar un tratamiento diferenciado atendiendo a su nacionalidad, los sectores o tipo de actividad económica que desarrolle o la ubicación geográfica de la empresa en la que invierta ni (*sic*) en las siguientes materias: cambiaria, precios, forma de constitución, condición de persona natural o jurídica o causa de efectos equivalentes,[...]».

El Inc. c) del Art. 10º del Decreto Legislativo N° 662 establece a su vez que:

«El Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar con los inversionistas extranjeros, con anterioridad a la realización de la inversión y al registro correspondiente, convenios para garantizarle los siguientes derechos:  
[...]

Inciso c) estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2ª del presente Decreto Legislativo».

El Art. 2º remitido por la norma anterior establece que «los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo. En ningún caso, el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.»

De conformidad con el Art. 26º del Decreto Supremo N° 162-92 EF, de 12 de octubre de 1992, norma que regula la protección a la inversión extranjera los convenios de estabilidad «[...] a) son contratos de derecho civil, para lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil». Ello significa que a diferencia de lo que ocurre con los contratos

administrativos -que pueden ser modificados o resueltos unilateralmente por el Estado- los convenios de estabilidad son contratos civiles y se rigen por el Código Civil.

Aún cuando no queda claro cómo opera la estabilidad en materia de «no discriminación», sí resulta claro que el Convenio de Estabilidad prohíbe al Estado peruano (incluyendo en ello a cualquiera de sus dependencias, manifestaciones, organizaciones cualesquiera sea la denominación que se les de o atribuya, y, obviamente, también a las Municipalidades y a los Gobiernos Regionales), discriminar a las empresas extranjeras. Asimismo, si bien el concepto «discriminación» se restringe, según la norma citada, a «un tratamiento diferenciado atendiendo a su nacionalidad, los sectores o tipo de actividad económica que desarrolle o la ubicación geográfica de la empresa en la que invierta ni (sic) en las siguientes materias: cambiaria, precios, forma de constitución, condición de persona natural o jurídica o causa de efectos equivalentes» la remisión de la Cláusula Tercera numeral 5 al Art. 2° del Decreto Legislativo N° 662 permite considerar que la legislación municipal o regional podría considerarse como un supuesto de discriminación previstos en el Convenio de Estabilidad.

Cabe señalar que de conformidad con la cláusula 3, numeral 5 del Convenio de Estabilidad, los gobiernos locales y regionales son considerados sujetos activos de la afectación a la inversión extranjera.

Asimismo es pertinente indicar que los Convenios de Estabilidad han previsto el **arbitraje nacional de derecho** para la solución de las controversias que podrían plantearse entre las partes. Dicho arbitraje debe llevarse a cabo en la ciudad de Lima, constituyéndose un Tribunal Arbitral compuesto por tres miembros, uno nombrado por cada parte y el Presidente por ambos árbitros.

Cabe señalar que cualquier conclusión relativa al objeto y pretensiones relativas al arbitraje nacional antes mencionado debe coincidir en reglas generales con aquellas a las que se lleguen respecto al Arbitraje Internacional, puesto que la naturaleza procesal del arbitraje es aplicable a ambos casos, por ello es que nos remitiremos en el apartado pertinente a la naturaleza del arbitraje a aquellos puntos relativos a esta posible acción que le ha conferido el Estado Peruano a las empresas que han suscrito Convenios de Estabilidad.

### III.5. Conclusiones preliminares sobre las acciones judiciales materia de análisis

Como se aprecia de los puntos precedentes, todas las acciones que se hemos descrito son acciones que forman parte del denominado **Derecho Público**, sea éste de orden constitucional o de orden administrativo, según se adopte una de las acciones o todas en conjunto, puesto que la interposición de cada una de las acciones antes reseñadas no deviene en excluyente de las otras.

Es del caso también tener presente que todas estas acciones judiciales conllevan un análisis judicial de la legislación interna del Perú, y con ello una interpretación judicial, tanto legal como constitucional, de aquellas normas internas que pertenecen a diversos ordenamientos jurídicos, esto es, deberían aplicarse a los supuestos de hecho antes señalados normas jurídicas tanto en materia de Derecho Constitucional, Derecho Municipal y Derecho Patrimonial-Inversión Extranjera. De la interpretación conjunta de dichas normas legales, que en muchos casos no llega a ser uniforme, la autoridad judicial recién podría acceder a una solución judicial respecto de los hechos antes descritos. Este punto resulta relevante para nuestro posterior análisis de las alternativas adicionales que creemos existen en torno a los hechos expuestos, específicamente el tema del Arbitraje Internacional en sede del CIADI-Washington, materia de la presente investigación.

### IV. Arbitraje Internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (*Internacional Centre for settlement of Investments Disputes*) – (CIADI-ICSID-CIRDI)

La posibilidad de una defensa legal se habría agotado en el punto anterior si tenemos que el acto administrativo cuestionado incumbe a un administrado nacional. ¿Pero qué sucedería si el administrado es extranjero y además se encuentra protegido por un «Convenio Internacional sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (CIADI)?

Como hemos señalado precedentemente, la posible interposición de un Proceso de Arbitraje Internacional ante el CIADI, organizado dentro del Banco Mundial, con sede en Washington, será materia de análi-

sis específico en el presente trabajo. La opción de acudir a este proceso de naturaleza internacional, que de ser procedente es plenamente válida y legítima, proviene de la celebración de un «**Convenio bilateral**» entre el Estado peruano y cualquier otro Estado en adelante el **Convenio Bilateral**, sobre la base del «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», en adelante el CAD, de 18 de marzo de 1965, y que prevé como sede de solución de conflictos derivados de la aplicación de dicho convenio al *INTERNACIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENTS DISPUTES (ICSID)*, y cuyas siglas en español son **CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)** y en francés **CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.)**

De modo previo al análisis de dichos Convenios Internacionales creemos pertinente analizar los aspectos generales y alcances de un proceso arbitral, así como su relación con la resolución de conflictos de naturaleza constitucional.

#### IV.1. Aspectos generales

El **Arbitraje** es, esencialmente, una institución procesal, que cumple la misma finalidad que un proceso heterocompositivo trilateral y que se sirve de las mismas categorías básicas para su realidad. Una parte alega, la otra contradice (bilateralidad) y un **tercero imparcial e imparcial** decide la controversia o conflicto de relevancia jurídica de modo definitivo.

Es, en consecuencia uno de los modos pacíficos de solución de controversias en la sociedad que reconoce la doctrina procesal, permitiendo mediante actos concatenados y sistémicos (*pro-caedere*), llegar a una solución que sea definitiva, definitoria y con calidad de *Res Iudicata*, eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado -de hecho, permitida por éste- dentro del mismo Sistema de Justicia. Por ello, comparte los elementos esenciales del Debido Proceso Legal y de la Tutela Judicial Efectiva, ocupando un importante rol y lugar dentro del Derecho Jurisdiccional.

Hay, sin embargo, una primera gran diferencia que suele llevar a confusión, y una segunda gran limitación que suele soslayarse.

La primera gran diferencia entre el proceso arbitral del Sistema Jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado

en la ley y permitido por el Sistema Judicial, pasa por una realidad contractual o convencional que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral (en este caso el Tratado Internacional), y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial, las partes intervinientes «escogen» a sus jueces (a los *Árbitros*), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo.

La gran limitación surge precisamente de allí mismo: sólo será procedente (admisible, viable y válido) para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. De allí que no se pueda hablar con propiedad del Arbitraje como medio o forma «alternativa», pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea tal alternatividad no existe: así, no se puede arbitrar un divorcio, ni los derechos de familia, ni los de los menores, ni los personalísimos, ni los que corresponden a los Derechos Fundamentales de las Personas, ni los de responsabilidad criminal regidos por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc.

Bien visto, el *Arbitraje* se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica -y permite- su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Y asimismo, tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de Cláusula Compromisoria, Compromiso Arbitral, Pacto Arbitral, Contrato Arbitral, Convenio Internacional etc.), o pacto posterior, no se podrá compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento o siempre que, además de dicha expresa voluntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

Ogayar y Ayllón<sup>12</sup> es, quizás, uno de los que mejor define esta situación, cuando señala que:

«Pero, para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a los Tribunales Estatales

---

12 Tomás Ogayar y Ayllón, *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*, Ed. Revista de Derecho Privado-Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1977; pp. 63-64.

[...], hay veces que la solución se logra *sacrificando* una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a la pretensión ajena, mediante la *renuncia* de su derecho; o las partes se hacen *concesiones recíprocas* para poner fin al litigio, o para impedir que este surja, por la *transacción*, o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan no por los Órganos Jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo *extraoficial* que se denomina *Arbitraje*, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias [...], permitiendo que las resoluciones de los procesos civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los *Tribunales* estatales, sino a *jueces privados*, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota, porque el Estado [...] al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional como de personas a quienes concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de *juzgar* para un caso concreto».

En consecuencia, el **Arbitraje** es un proceso judicial -en tanto forma trilateral **heterocompositiva**- de orden privado, no procesalizado, bajo la autoridad del Estado y dentro del control del sistema judicial, y que surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un Tribunal *ad-hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el Sistema Judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *Res Iudicata* (Cosa Juzgada Material).

Por su lado, Merchán Alvarez<sup>13</sup> que:

«Pero, además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir, que podemos afirmar que los árbitros en líneas generales se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. [...] Por eso cuando el maestro Jacobo en su *Doctrina* nos habla de “*De los jueces ordinarios et de quantas maneras que son judgadores*” afirma “*que son tres maneras dellos. La primera es los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros*” [...] “*terçera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín juez de abenencias* [...]».

13 Antonio Merchán Alvarez, *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*; Publicaciones de la U. de Sevilla; Utrera, 1981.

Y por su parte, el ilustre procesalista italiano Carnacini<sup>14</sup>, señala por su lado:

«Así contemplado a grandes rasgos el Arbitraje ritual, [...], se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional».

## IV.2. El Derecho Procesal Constitucional y el Arbitraje

### IV.2.1. Aspectos generales

Comenzaremos remitiéndonos al origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional<sup>15</sup>:

«El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional<sup>16</sup> surge con el proceso mismo de la

---

14 Tito Carnacini, *Arbitraje*; EJE, Bs. As., 1961; p.27 y ss.

15 Aníbal Quiroga León, «Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano» En: AAVV, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima, 1990; p. 152 y ss.

16 Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio (Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965); *Op. cit.*), como en el trabajo que tiene con Jorge Carpizo («La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente»; Revista parlamentaria Iberoamericana, N° 2. Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como Justicia Constitucional; en tanto que García Belaunde («Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979»; en Revista *Derecho PUC* N° 35; Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo «Sobre la jurisdicción constitucional» que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de Jurisdicción Constitucional. Kelsen, como bien apunta García Belaunde las denota indistintamente -quizás por la variedad idiomática o la traducción-. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debemos la opción de García Belaunde en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de Justicia Constitucional que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor «justicia» dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene

constitucionalización del Estado moderno. Surge cuando el avance del constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1658<sup>17</sup>. Como lo apunta el propio Schmitt<sup>18</sup>, en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constitu-

---

valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un iusfilósofo (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver Francisco Fernández Segado, «La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional»; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 1, Ed. Reus, Madrid, 1988, Mauro Cappelletti, «Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional» en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y Juan Fernando López Aguilar, «Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España»; en: *Revista de las Cortes Generales* N° 12, Madrid, 1987; al propio Héctor Fix-Zamudio, «La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad»; doc. de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*) Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de García Belaunde a la obra de Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*; Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general»; Sousa Calle y Danós Ordóñez en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987, p. 281 y ss. Más recientemente, véase Domingo García Belaunde, «De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional»; en: *Libro Homenaje a Peter Häberle*; Mimeo, Lima, 1999.

17 Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983; p. 27 y ss. Prólogo de Pedro De Vega y traducción de Manuel Sánchez Sarto.

18 *Op. cit.*

ciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 y de Sajonia de 1931<sup>19</sup>.

Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.”

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado «Derecho Procesal Constitucional», al decir de González Pérez<sup>20</sup>, quien señala lo siguiente:

«Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.

[...]

El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.»

En tanto que Bidart Campos<sup>21</sup> refiere sobre este tema lo siguiente:

«En forma muy vinculada con la jurisdicción constitucional ha tomado curso y adquirido crédito el llamado “derecho procesal constitucional”

---

19 Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe De la Defensa de la Constitución, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. *Op. cit.* y cita N° 5 Stoerk. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

20 Jesús Gonzales Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*; Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

21 Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*; Ed. Ediar, Bs.As. 1987, p. 257.

o derecho constitucional procesal<sup>22</sup>, que sintéticamente es el que regula el proceso constitucional, y que tiene como objeto la materia constitucional. En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego -tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento- son constitucionales (las últimas cuando menos lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal).»

García Belaunde<sup>23</sup> con singular acierto, resume por su parte, que:

«La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos<sup>24</sup>.

[...]

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en

---

22 En este extremo de la definición no concordamos con el autor, pues creemos que, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal, abordan dos temáticas diferentes, al respecto ver: Aníbal Quiroga León, «Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia»; En: *La Constitución 10 años después*; *Op. cit.* p.289 y ss.

23 Domingo García Belaunde, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*; Inst. Iberoamericano de Derecho Constitucional -Sección Peruana-; Bib. Peruana de Derecho Constitucional, Fac. de Der. y CCPP, UNMSM; 2da. Ed., Lima, 2000.

24 Edward S. Corwin, *The «Higher Law» background of American Constitutional Law* Cornell University Press; 1955.

América Latina, en torno a la *Jurisdicción Constitucional*. O la *Justicia Constitucional*, como algunos querían.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso de Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales<sup>25</sup>, y *Jurisdicción Constitucional*, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez,<sup>26</sup>. Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

[...]

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *Derecho Judicial*, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca<sup>27</sup> lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que

---

25 Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

26 *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

27 Juan Montero Aroca, *Introducción al derecho Procesal Jurisdiccional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

[...]

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen porqué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos porqué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de *Derecho Procesal Constitucional*, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Véscovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de "*Derecho Procesal Constitucional*".

Las definiciones conceptuales antes expuestas nos permiten en este punto determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de los últimas dos centurias, **con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional**. Ello, claro está, determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional, y responderán en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídi-

co<sup>28</sup>; en tanto que, en otros casos dichos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; las mismas que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de orden constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, sin ello significar que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, del que, como hemos visto, emana de la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el Art. 200° de la Carta Constitucional, puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que adicionalmente a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado Art. 200°, tenemos que el Art. 138° en su primera parte, el Art. 148° y el Art. 202° Inc. 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional. Así encontramos que son nueve los Procesos Constitucionales contemplados en nuestra Carta Constitucional, los mismos que a continuación pasamos a enumerar:

- Control Difuso o *Judicial Review* de la Constitucionalidad de las normas legales (Art. 138°);
- Acción de Inconstitucionalidad de las leyes (Art. 200° Inc. 4);
- Hábeas Corpus (Art. 200° Inc. 1);
- Acción de Amparo (Art. 200° Inc. 2);
- Hábeas Data (Art. 200° Inc. 3);
- Acción de Cumplimiento (Art. 200° Inc. 6);
- Acción Popular (Art. 200° Inc. 5);
- Contienda de Competencia Constitucional (Art. 202° Inc. 3); y,
- Acción Contencioso Administrativa (Art. 148°).

Por ello, podremos organizar todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: las Acciones propiamente de Garantía, por un lado, y las Acciones de Control Constitucional, por el otro. La diferen-

---

28 «La Constitución jurídica transforma el Poder desnudo en legítimo Poder Jurídico»; Cit. por Kaegi.

cia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicarán en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso a través de la pretensión específica, y sus efectos, que se vaya a solicitar al Juzgador Constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es nota de gran importancia resaltar el que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es (i) el Difuso (*Judicial Review*) o americano; y el (ii) Concentrado o europeo.

«También hemos señalado que el control de la constitucionalidad tiene tres grandes sistemas<sup>29</sup>. Entre ellos: el europeo o de Justicia Constitucional concentrada o *ad-hoc*, generalizado a partir de la Constitución austríaca de 1920 y de la obra de Hans Kelsen; en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello, tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto declaraciones generales *erga omnes* de plenos efectos derogatorios o rescisorios. El Sistema americano o de control difuso (también denominado de la *Judicial Review*), permite -como ya se ha dicho- que sea el aparato judicial ordinario el que desarrolle la función del control de la constitucionalidad, sea con efectos derogatorios o rescisorios *erga omnes* (sea por la peculiaridad del sistema judicial como el caso del *stare decisis*) norteamericano o porque así se legisle) o con efectos particulares limitados al caso concreto materia del litigio donde sea determinada la norma inconstitucional.

Nuestro ordenamiento Jurídico Nacional contiene, hoy por hoy, estos dos grandes sistemas<sup>30</sup>, en lo que podríamos válidamente considerar un Sistema Mixto de Justicia Constitucional, pues por un lado la Consti-

29 Ver Supra 3. Categorías Fundamentales.

30 Sin embargo Domingo García Belaunde, en autorizada y fundamentada opinión contenida en carta personal de 31 de enero de 1989, señala que la denominación al sistema peruano es la de Sistema Dual «[...] la justicia constitucional en el Perú es de carácter mixto. Así lo dices tú, y creo que la idea la lancé yo hace algún tiempo. Ahora he cambiado de opinión. Un sistema mixto es aquel que tiene mixtura; o sea, dos o más elementos que por ser tales, dan origen a uno nuevo, distinto y diferenciado de los demás, alejándolo de la pureza de algunos de sus elementos y creando un nuevo tipo, un *Tertium Genus*. Así, mixto es el sistema venezolano [...]. En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, mixto es el sistema venezolano [...]. En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, difuso, de no aplicación, que se ha ido incrementando y perfeccionando. En 1979, se

tución de 1979 en sus arts. 296º y siguientes, ha creado un órgano *ad-hoc* de control de la Constitucionalidad de las normas y actos de poder en el Perú, diferente y diferenciado del Poder Judicial, y que recibe la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyas decisiones en materia de inconstitucionalidad de leyes y normas tienen efectos derogatorios *erga omnes*<sup>31</sup>; en tanto que, por otro lado, se mantiene la facultad de los Jueces y Tribunales ordinarios, en cualesquiera de sus instancias, grados y jerarquías (inclusive la Justicia de Paz letrada) de calificar la constitucionalidad de una norma que debe ser materia de aplicación en una causa de su conocimiento y competencia.»<sup>32 33</sup>

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de los ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del siste-

---

creó al lado de éste, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que es propio del sistema europeo y que funciona como tal. Son pues dos sistemas que andan por su lado y que no se cruzan. Tan sólo en la casación se encuentran, pero sin fallar nada. [...] Son pues dos los sistemas en los cuales nos movemos, el americano muy avanzado en teoría; el europeo muy en embrión y limitado. ¿Cómo lo podemos calificar? En una reciente ponencia en Madrid, lo llamé "sistema dual" de control jurisdiccional; también podría denominarse "sistema doble", "sistema paralelo", etc. Creo que vale la pena ahondar el asunto [...]. Sin lugar a dudas, esta posición, pedagógica en sí misma, merece tenerse en cuenta. En abono de la tesis de la denominación de «Sistema Mixto» puede revisarse el trabajo ya citado de Martha Sousa y Jorge Danós. *Op. cit.* p. 296 y cita N° 15, quienes comparten esta misma opinión, dando cuenta que igual posición tienen Pelaez Bazán, Cárdenas Quirós, el propio Domingo García Belaunde (en 1981), Blume Fortini, Borea Odría y Corzo Masías. Cit. Por Aníbal Quiroga León.- «Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano» En: AAVV, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima, 1989, p. 180 y ss.

31 «Art. 296º.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el Órgano de Control de la Constitución [...]» «Art. 301º. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte.» «Art. 302º. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso en mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenticinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial».

32 Aníbal Quiroga León, Una aproximación a la Justicia Constitucional; *Op. cit.* p. 180 y ss.

33 Si bien es cierto, que hoy está vigente una nueva Constitución, es cierto también que ello no ha modificado el Sistema Constitucional Mixto de Control que tuvimos diseñado con la Constitución de 1979, el cual se ha repetido.

ma de control concentrado, que la «jurisdicción constitucional» pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria. En consecuencia, en nuestro medio la «jurisdicción o justicia constitucional» podemos decir se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada en el ya mencionado Art. 138° de la Constitución; como cuando conocen y resuelven las Acciones de Garantía Constitucional.

Hemos señalado en el párrafo precedente, que no todos los procesos constitucionales son iguales, y que su diferencia radical está en la pretensión que se formule al Juzgador Constitucional, así tenemos, que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de Garantías Constitucionales, y cuya pretensión está destinada a la defensa de los derechos fundamentales de las personas; y las Acciones de Control Constitucional, cuya pretensión, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y, derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo a lo antes expuesto son propiamente Acciones de Garantía Constitucional: (i) el Hábeas Corpus, (ii) la Acción de Amparo, (iii) el Hábeas Data; y, (iv) la Acción de Cumplimiento. En tanto que propiamente dichas serán Acciones de Control Constitucional: (i) la Acción de Inconstitucionalidad, (ii) el Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes (iii) la Acción Popular, (iv) la Contienda de Competencia Constitucional; y, (v) la Acción Contencioso Administrativa.

#### *IV.2.2. Las acciones de garantías constitucionales*

Habría que mencionar, en primer término, que éstas se encuentran leídas en conjunto dentro del texto constitucional, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de González Pérez<sup>34</sup>, responde a un denominador común en los

---

34 Jesús González Pérez, *Op. cit.* p. 50

ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional y no del Derecho Procesal.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una Ley Orgánica que regule todas las «Acciones de Garantía Constitucional»<sup>35</sup>, hasta la fecha no se han dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, ni de que se promulgue un **Código Procesal Constitucional** como ya hemos apuntado con anterioridad, y es por ello que encontramos dispersas en los diferentes ordenamientos procesales normas legales de naturaleza procesal constitucional, lo que ha conllevado la existencia en nuestro medio de un tan escaso como confuso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable -y hasta necesaria y saludable- confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización «concretización»<sup>36</sup>, aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *pro-activo* de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

#### *IV.2.3. La interpretación de las normas*

Conforme a lo antes señalado, es indispensable en el presente punto, referirnos tanto a la «Interpretación Constitucional» como a la «Interpretación legal», partiendo de la harto debatida tesis de que ambas son diferentes.

##### IV.2.3.1. Interpretación legal

Es aquella que se realiza respecto de toda ley, en sentido lato, y que se circunscribe a determinadas fórmulas que a través del desarrollo de los

---

35 Entiéndase ello como todos los Procesos Constitucionales

36 Konrad Hesse, *La Interpretación Constitucional*; cit. por Anibal Quiroga León, «La Interpretación Constitucional» en: *Derecho PUC* No. 39, Rev. de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú; Lima, 1985; p. 323 y ss.

principios generales del Derecho y de la Ciencia Jurídica se han ido plasmando. La interpretación de las leyes, no es exclusiva del Juzgador, constitucional u ordinario, se realiza tanto por la misma administración pública al expedir actos legislativos y ejecutivos y con ello interpretar las normas legales de las cuales provienen las facultades que está utilizando; cuanto por los ciudadanos y justiciables, cuando por ejemplo acuden a la administración pública alegando ser poseedores de un derecho determinado, por haberse ello plasmado en una norma legal. Mientras que en el último de los casos nos encontramos ante un supuesto de interpretación no vinculante, pues será la administración pública en primer término, quien determine si la interpretación realizada por los administrados es la adecuada, en el primero de los casos, nos encontramos ante una interpretación legal que tiene efectos vinculantes, pues de ella derivan tanto los actos legislativos como administrativos-ejecutivos que adopte el Estado a través de sus diferentes instancias. Finalmente al respecto, y aún con mayor trascendencia en el mundo jurídico, se encuentra la interpretación que realizará el órgano jurisdiccional pues ésta no sólo vincula al sujeto administrado, sino también al órgano u organismo estatal que la realiza, debiendo ser estrictamente cumplida por ambos. Ahora bien, esta interpretación, que se da a diario como tarea integrante de la resolución de conflictos concretos y subjetivos, que es la labor primordial de los Órganos Jurisdiccionales, se convierte en una labor abstracta para el Juzgador Constitucional, cuando se pone bajo su conocimiento, de modo abstracto la calificación de una norma legal, pues para ello previamente deberá someterla a un examen abstracto de interpretación, que no sólo se limitará a la norma legal cuestionada sino al entorno legal que la rodea.

#### IV.2.3.2. Interpretación constitucional

Mientras que en el caso anterior teníamos como fuente de la interpretación a la norma legal en sentido amplio; en éste nos encontramos con que el operador jurídico deberá dar un paso más, pues tendrá frente a sí al Texto Constitucional, que intrínsecamente contiene un valor jerárquico supremo (*Higher Law*) a todas las demás normas legales, por el propio valor normativo que contiene el texto constitucional, que lo convierte en el vértice superior del sistema jurídico piramidal<sup>37</sup>. La inter-

---

37 Aníbal Quiroga León, «La Interpretación Constitucional»; en: Revista de De-

pretación constitucional también se puede dar por diversas entidades, e incluso por los justiciables; pero será nuevamente el Juzgador -al interpretar el texto constitucional en que se convierte en un Juzgador Constitucional- quien determine de manera vinculante la interpretación de determinada norma constitucional. Al ser el texto constitucional una norma de marcado carácter político, su interpretación también nos lleva a que ésta tenga un carácter jurídico-político, como señala Bidart Campos<sup>38</sup>:

«El control judicial de constitucionalidad guarda estrecho nexo con la interpretación constitucional, o interpretación de la Constitución. El tema de la interpretación de la constitución ofrece características que, dentro de la interpretación de las normas jurídicas, lo diferencian y particularizan.

En primer lugar, la Constitución formal es, más que una norma, un conjunto o complejo normativo (de varias normas) que obliga a interpretarla como conjunto, es decir, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente.

En segundo lugar, esa Constitución formal es suprema, y reviste calidad de fundamental: en ella se funda todo orden jurídico-político del estado. En tercer lugar, la Constitución contiene, expresa o implícitamente, una serie de principios (algunos de ellos generales) que bien podrían titularse del derecho constitucional, y que por ser la constitución suprema y fundamental, irradian su proyección a todos los sectores o compartimentos del mundo jurídico, en tanto tales casilleros no rompen la unidad del orden jurídico, ni se incomunican entre sí, y menos con la constitución.

En cuarto lugar, la Constitución contiene también valores, o dicho con más propiedad, presupone valores, sea que los propugne explícitamente en cláusulas expresas, sea que los albergue implícitamente en su techo ideológico.

[...]

---

*recho PUC* No. 39; Facultad de Derecho; PUC del Perú, Lima 1985, p. 323 y ss. Ver también: Carla Pegorari Rodríguez, *La Interpretación Constitucional*; Tesis, Bachiller en Derecho; Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Mimeo, Lima, 1988.

38 Germán Bidart Campos, *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*; EDIAR; Bs.As. 1987, p. 207 y ss.

La constitución suministra un parámetro o canon objetivo (u objetivado) de interpretación, y que el control constitucional ha de ajustarse a él, porque resulta indisponible [...];  
La interpretación constitucional como acto de decisión así condicionado implica valoración [...];

#### IV.2.4. Las acciones de control constitucional

Son aplicables también a las Acciones de Control Constitucional las antes mencionadas deficiencias que hemos anotado en el tratamiento legislativo de las Acciones de Garantías Constitucionales, puesto que la dispersión de la normatividad en esta materia es de orden general, esto es se da en todo el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

Hemos señalado en la parte general relativa a los procesos constitucionales que, la pretensión que es objeto de juzgamiento en una Acción de Control Constitucional estará constituida por la defensa del texto constitucional, y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía. En todos los procesos constitucionales de control se buscará por finalidad el respeto irrestricto del texto constitucional, a través de su necesaria interpretación por parte de la autoridad (llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional) que tenga bajo su conocimiento una causa de control constitucional. Ello sin perjuicio de señalar que, en las Acciones de Garantía Constitucional al juzgarse la violación o no de un derecho fundamental, se está realizando también interpretación constitucional.

El Juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión «abstracta»; esto es, deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea «subsunción legal», si realmente la norma legal (en sentido amplio), o el acto administrativo (en sentido particular), transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional. Estaremos en consecuencia ante procesos que versan sobre puro derecho, donde la evaluación que se realiza de lo cuestionado debe ceñirse estrictamente a los parámetros del control de la constitucionalidad y la legalidad. Reiteramos que en este punto débese tener presente la diferencia que existe entre la interpretación legal y la interpretación constitucional, dadas las diferencias notorias entre una norma legal y el texto constitucional y que se derivan fundamentalmente de la diferente naturaleza que ambas tienen.

### IV.3. Los convenios bilaterales celebrados por el Estado peruano sobre la base del convenio «CIADI»

Sobre la base del Convenio Multilateral CIADI, el Estado peruano ha celebrado veintitrés convenios bilaterales<sup>39</sup>.

ESTADO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN			FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA		
Argentina	Oct.	10,	1994			
Bolivia	Julio	30,	1993	Feb.	19,	1995
China	Junio	9,	1994	Feb.	1,	1995
Colombia	Abril	26,	1994			
República Checa	Mar.	16,	1994	Mar.	6,	1995
Dinamarca	Nov.	23,	1994	Feb.	17,	1995
El Salvador	Junio	13,	1996			
Finlandia	Mayo	2,	1995			
Francia	Oct.	6,	1993			
Alemania	Ene.	30,	1995			
Italia	Mayo	5,	1994	Oct.	18,	1995
República de Corea	Junio	3,	1993	Abril	20,	1994
Malasia	Dic.	13,	1995			
Países Bajos	Dic.	27,	1994	Feb.	1,	1996
Noruega	Mar.	10,	1995	Mayo	9,	1995
Paraguay	Ene.	31,	1994	Dic.	18,	1994
Portugal	Nov.	22,	1994	Oct.	2,	1995
Rumania	Mayo	16,	1994	Ene.	1,	1995
España	Nov.	17,	1994	Feb.	16,	1996
Suecia	Mayo	3,	1994	Ago.	1,	1994
Suiza	Nov.	22,	1991	Nov.	23,	1993
Tailandia	Nov.	15,	1991	Nov.	15,	1991
Reino Unido	Oct.	4,	1993	Abril	21,	1994

39 Cuadro tomado de la página Web del Banco Mundial: <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/peru.htm>, actualizado a 1999. En febrero del 2000 se celebró, por ejemplo, con el Estado chileno el “*Convenio Bilateral de protección recíproca de inversiones*”, ratificado mediante D.S. 026-2000-RE del 11 de agosto del 2000 y publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de agosto del 2000. Dicho Convenio ha entrado en vigencia el 3 de agosto del 2001

#### *IV.3.1. Aspectos relevantes de los Convenios Bilaterales*

El objetivo de los **Convenios Bilaterales** celebrados entre el Estado peruano y los Estados antes detallados es intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de los Estados suscribientes, y con ello, crear y mantener condiciones favorables a las inversiones de una Parte Contratante en el territorio de la otra, que impliquen transferencias de capitales.

De modo general los «inversionistas» son definidos como los sujetos que han efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, considerándose entre otros a: (i) las entidades jurídicas, incluyendo sociedades o corporaciones, asociaciones comerciales o cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante; (ii) las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueren efectivamente controladas por inversionistas señalados en (i).

En los Convenios Bilaterales encontraremos definiciones relativas a:

- La «Inversión»
- El «Ámbito de aplicación»
- Sobre la «Protección y tratamiento de las inversiones»
- El Tratamiento de las inversiones
- Los conceptos de Expropiación y compensación
- El significado de una «Controversia entre una Parte Contratante y un inversionista»

Los conceptos antes señalados tienen una definición casi uniforme en todos los aspectos, habida cuenta que el marco legal aplicable a todos estos es el Convenio Multilateral CIADI, y estos conceptos se desprenden del tratamiento que el Derecho Internacional Público ha brindado a dichos conceptos a la luz de lo que el Banco Mundial ha expuesto en el referido Convenio Multilateral.

#### IV.4. El «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados» (CAD): creación del CIADI

##### *IV.4.1. Objeto del «Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones» - CIADI*

Mediante el CAD se creó el CIADI, cuyo objeto es, de conformidad con el Art. 1º Inc. 2 del CAD:

«Art. 1º.-

[...]

2. El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio».

La República del Perú ha suscrito el CAD el 4 de septiembre de 1991, ha depositado la ratificación el 9 de agosto de 1993 y puesto en vigor dicho Convenio multilateral el 8 de septiembre de 1993.

##### *IV.4.2. Sede del CIADI*

La sede del CIADI está en la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), situada en Washington D.C.

##### *IV.4.3. Árbitros*

Los Árbitros que podrán tener a cargo la resolución de las controversias que se susciten a la luz del CAD y de cada uno de los Convenios Bilaterales que se celebren entre los Estados parte del CAD deben integrar una lista de árbitros. Dicha lista estará compuesta por cuatro personas designadas por cada Estado Contratante y por diez personas designadas por el Presidente del CIADI.

De conformidad con el Art. 14º del CAD, «las personas designadas deben tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su

imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.»

No obstante ello, salvo el caso de nombramiento del Árbitro por el Presidente, los Árbitros nombrados pueden no pertenecer a la lista, aunque debe reunir las facultades expresadas en el Art. 14° antes citado concordante con el Art. 40° del referido Convenio.

#### *IV.4.4. Jurisdicción del CIADI y partes en el arbitraje*

De conformidad con lo previsto en el Art. 25° de la Convención de Washington<sup>40</sup>, la jurisdicción del CIADI se extiende a las **diferencias de naturaleza jurídica** que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante, acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Esta norma es fundamental a efectos del presente caso, siendo necesario destacar lo siguiente:

La jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI abarca de manera general y sin excepciones de ninguna clase las «**diferencias de naturaleza jurídica**» entre el inversionista y el Estado, lo cual llevaría a pensar en la competencia de estos tribunales, también para la obtención de una *restitutio in integrum*<sup>41</sup>.

Es posible interponer la petición de arbitraje contra cualquier entidad de la administración pública peruana, **siempre que haya sido acreditada ante el CIADI por el Estado peruano y que éste apruebe su participación.**

Cuando la norma alude al «consentimiento escrito de sometimiento al Centro» podría pensarse que únicamente en el caso de existencia de un pacto arbitral sujeto al CIADI entre el Estado Contratante (en nues-

---

40 El CAD también es conocido internacionalmente como la Convención de Washington.

41 Algunos utilizan indistintamente los vocablos *Restitutio in Integrum* o *Restitutio ad Integrum* como sinónimos. Los utilizaremos indistintamente. En el lenguaje del CIADI se menciona como *Restitutio in Integrum*.

tro caso el Perú) y el nacional de otro Estado Contratante, cabría llevar el caso al arbitraje de dicha institución.

Debe entenderse, en ese sentido, que, desde el punto de vista jurídico, la celebración del Convenio Bilateral, importa la celebración tácita del convenio arbitral exigido por el Art. 25º del CAD, y no existe necesidad alguna de emitir una nueva declaración de sometimiento, declaración que sí tendría que producirse en el caso de una controversia entre otras partes signatarias de la Convención de Washington.

Otro tema importante es el relacionado con el Art. 26º de la Convención de Washington. Este artículo establece que, salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje debe entenderse como consentimiento a dicho arbitraje **con exclusión de cualquier otro recurso**<sup>42</sup>.

Creemos que es esta una de las normas más importantes y complejas relativas a la interpretación y ejecución del Tratado Multilateral y los correspondientes Tratados Bilaterales suscritos por el Estado Peruano, pues de su correcta interpretación se determinará si, además del proceso arbitral ante el CIADI puede (o debe) iniciarse en el Perú uno o todos los procesos que han sido materia de examen en el punto II *supra*; o si, por el contrario, ello no es posible porque la jurisdicción arbitral del CIADI es exclusiva y excluyente y cualquier intervención de la justicia peruana nos impediría acudir a esta instancia arbitral.

#### *IV.4.5. Procedimiento ante el CIADI*

De conformidad con lo establecido casi de modo uniforme por los **Convenios Bilaterales** y con la **Convención de Washington**, el procedimiento para el sometimiento de una controversia al arbitraje del CIADI es el siguiente:

«Consulta entre las partes con miras a la obtención de una solución amigable. Esta etapa tiene un plazo de 6 meses contados a partir de la solicitud de arreglo y, en opinión de Nigel Blackaby y Luis Parradell<sup>(43)</sup>,

---

42 La versión en inglés del texto del Art. 26º es la siguiente: «*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy*». *Remedy* es, según el Black's Law Dictionary, el medio o acción para exigir o hacer valer un derecho ante la autoridad legal.

43 Notas de los autores.

expertos juristas de la materia, refieren que este proceso se inicia con una solicitud simple del inversionista afectado a la República del Perú, dirigida específicamente al Señor Presidente de la República, con copia a la Cancillería, en su condición de representante internacional del Estado, y algún otro Ministerio por determinarse (p.e. Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, Ministerio de Agricultura, Presidencia del Consejo de Ministros, etc.). La finalidad de dicha comunicación simple es el dar inicio formal al proceso de negociaciones de 6 meses antes aludido, y aparece conveniente introducirlos, con citación de la Secretaría General del CIADI, antes del primer vencimiento del plazo de cualquier recurso interno de que se trate, para que luego no se acuse al inversionista de haber “consentido” con los actos administrativos lesivos».

No obstante lo anterior, y que se compadece con la adecuada lectura e interpretación del CAD, la opinión no oficial recabada de la Cancillería peruana (en el Área de Inversiones) es distinta, habiendo señalado verbalmente que el procedimiento de consulta diplomática por el inversionista extranjero afectado debe hacerse recurriendo a su propia Embajada para que ésta informe mediante una Nota Diplomática a la Embajada de la otra Parte Contratante sobre la existencia de la controversia. O, dicho en otras palabras, la Cancillería entiende -erróneamente, según nuestra interpretación- que se trata de un proceso de consulta entre las Partes Contratantes y no entre el inversionista y el Estado como lo señala expresamente el Tratado. Ello no ha sido corroborado por los antes mencionados expertos, y por el contrario su opinión ha sido la ya señalada, debiendo señalarse que dichos expertos internacionales ya han participado en procesos similares, específicamente en uno contra del Estado Peruano finalizado el año pasado.

Según algunos funcionarios de la Cancillería peruana, el trámite y procedimiento de consulta se realiza por lo que en el Derecho Internacional se denomina la «*courtesy international*» o «costumbre internacional», que no es otra cosa que el Principio de Reciprocidad; y el plazo de seis meses establecido en el Convenio Bilateral se podría extender en razón de la importancia del caso.

Los expertos antes mencionados consideran tremendamente equivocada la interpretación de la Cancillería, y a la luz de su experiencia, señalan que el proceso antes mencionado deberá iniciarse con una comunicación dirigida al Presidente de la República peruana, con copia a

los Ministros de las áreas involucradas en el caso materia de la controversia, como ya se ha indicado (Cancillería, Presidencia del Consejo de Ministros, Industrias y Comercio Internacional, etc.), y dentro del plazo de caducidad del derecho de acción del inversionista relativo a las acciones que podría adoptar en contra de los actos estatales que han perjudicado la inversión en el Perú. Ello, con la finalidad de dar consentimiento a dichos actos administrativos.

A falta de solución dentro del plazo que prevea el Convenio Bilateral, el inversionista, de no optar por el fuero nacional, puede remitir el caso al arbitraje internacional del CIADI. En este supuesto, el inversionista, como nacional del Otro Estado Contratante, deberá remitir una solicitud de arbitraje al Secretario del CIADI, quien enviará copia a la otra parte, indicando los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y a su consentimiento al arbitraje que en este caso sería el propio texto del *Convenio Bilateral*.

Registrada la solicitud en su Secretaría General (que tiene potestad para calificarla y rechazar in-límine cuando sea manifiestamente improcedente, el CIADI procederá a la constitución del Tribunal Arbitral, el mismo que debe ser nombrado en la forma que determinen las partes, es decir, con árbitro único o con número impar de árbitros. A falta de acuerdo, el proceso debe llevarse a cabo con 3 árbitros, uno nombrado por cada una de las partes y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo.

De no llegar a constituirse el Tribunal Arbitral, corresponde al Presidente del CIADI, a petición de cualquiera de las partes y previa consulta con las mismas, nombrar el o los árbitros que no hubieran sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte de la diferencia.

#### IV.5. Ley aplicable

Con relación a la ley sustantiva aplicable, el Art. 42º de la Convención de Washington señala que el Tribunal Arbitral decidirá la diferencia **de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes**. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral debe aplicar **la legislación del Estado que sea parte de la diferencia**, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Según la norma transcrita, resulta claro que la ley aplicable es la peruana, incluyendo las normas del Derecho Internacional Privado (DIP). Esta última rama del Derecho no es sin embargo de aplicación al presente caso, justamente por ser el DIP una rama del Derecho Privado<sup>44</sup>, siendo así que la controversia tiene que ver con el Derecho Internacional Público, con el Derecho Constitucional y con el Derecho Administrativo, ramas éstas que forman parte del Derecho Público.

La investigación realizada nos ha permitido concluir que los Tribunales Arbitrales del CIADI se concentran únicamente en la solución de controversias relativas en la violación de los **Tratados de Protección a la Inversión (Convenios Bilaterales)** y no ingresan al análisis de la legislación interna del país, de suyo compleja y complicada, a menos que sea para la verificación de la corrección de la inversión y otros aspectos específicos relacionados con la controversia. Ello, creemos como directa consecuencia de la incompetencia de los Tribunales Arbitrales de naturaleza Internacional para calificar o controlar la legislación interna de cada país, pues dicha facultad únicamente le compete a los Tribunales de Justicia internos, de acuerdo a la delegación de competencias que la Constitución de cada país les haya conferido.

Cabe señalar asimismo que de conformidad con la norma transcrita, nos encontramos frente a un Arbitraje de Derecho. No obstante, el numeral (3) del Art. 42º del CAD establece que el Tribunal Arbitral puede laudar recurriendo a la equidad, siempre que las partes así lo acuerden.

En cuanto a la norma procesal aplicable, ésta es, según lo dispone el Art. 44º de la Convención de Washington, la vigente en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje.

#### *IV.5.1. Efectos de la falta de concurrencia de una de las partes*

Señala el Art. 45º de la Convención de Washington que si una parte no comparece al proceso o no haga uso de su derecho, no supone la admi-

---

44 Señala Miaja de la Muela que las materias que forman el objeto del Derecho Internacional Privado «por un lado, constituyen objeto de éste las relaciones de particulares, lo que le acerca al Derecho Privado, pero también es preciso tener en cuenta que estas relaciones forman parte del tráfico jurídico internacional, motivo que las conecta con el Derecho Público [...] la solución se encuentra más bien en función de los temas que cada jurista incluye dentro de esta disciplina, así como de las diferentes concepciones de lo privado y lo público» (Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*; Tomo I; p.31).

sión de los hechos alegados ni el allanamiento de sus pretensiones. No obstante, la misma norma establece que si una de las partes deja de comparecer o no hace uso de su derecho, la otra parte puede instar al Tribunal Arbitral a que resuelva los puntos controvertidos y dicte el Laudo. Antes de dictar el Laudo, el Tribunal Arbitral, previa notificación, concede un período de gracia a la parte que no ha comparecido o que no hizo uso de su derecho, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

#### *IV.5.2. Otras acciones y medidas*

Señala el Art. 46º de la Convención de Washington que, salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal Arbitral debe resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales<sup>45</sup> que se relacionen directamente con la controversia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y además sean materia jurisdiccional del Centro.

El Art. 47º señala a su vez, que salvo acuerdo contrario de las partes, si el Tribunal considera que las circunstancias así lo requieren, podrá **recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.**

Si el Convenio Bilateral no contiene restricciones en relación con demandas incidentales, adicionales o reconventionales ni a la aplicación de medidas cautelares o provisorias, el Tribunal Arbitral que se instale, podría dictar todas las medidas procesales mencionadas.

Cabe anotar, sin embargo, que la norma alude a una «recomendación» de aplicar medidas provisionales, lo que parecería indicar que la resolución del Tribunal Arbitral no tendría efecto coercitivo, el mismo que sería consecuencia de su ejecución a través de los Tribunales de Justicia peruanos.

---

<sup>45</sup> La reconvencción es la demanda que hace el demandado al demandante en un proceso ya iniciado, utilizando para este efecto el mismo proceso ya iniciado, y que se basa en el principio de acumulación objetiva de pretensiones, a fin de evitar el mayor costo judicial y la posibilidad de fallos contradictorios.

#### *IV.5.3. El laudo*

Las decisiones del Tribunal Arbitral se adoptan por mayoría de votos. El Tribunal Arbitral siempre tendrá número impar. El Laudo debe ser escrito, motivado y firmado y contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas al mismo. Caben votos particulares o contrarios. **El Centro no puede publicar el Laudo sin el consentimiento de las partes.** El Laudo puede ser completado o rectificado (errores aritméticos o similares) dentro de los 45 días de emitido (Arts. 48º y 49º del CAD), más no cabe recurso impugnatorio alguno contra él.

El Laudo puede ser aclarado, previa solicitud de una de las partes. En lo posible, la aclaración corresponderá al mismo Tribunal Arbitral. Si ello no fuera posible, deberá formarse un nuevo Tribunal Arbitral, y es el único que puede suspender la aplicación del Laudo anterior.

Cualquiera de las partes puede solicitar la revisión del Laudo sólo si se descubre un hecho relevante que hubiera podido influir en éste, y siempre que al tiempo de dictarse hubiera sido desconocido por el Tribunal Arbitral y por la parte que inste a su revisión, salvo que el desconocimiento se haya producido por negligencia de esta última.

La nulidad del Laudo es asimismo procedente en los casos en que: (i) el Tribunal Arbitral se hubiera constituido incorrectamente; (ii) se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades y/o competencias asignadas; (iii) hubiere habido corrupción; (iv) se hubiere quebrantado una norma del procedimiento; y, (v) no se hubieran expresado los motivos.

La nulidad es resuelta por una Comisión ad-hoc tomada de la lista de Árbitros ante el CIADI. Declarada la nulidad del Laudo de este modo, la controversia podrá ser sometida a un nuevo Tribunal Arbitral.

El Laudo debe ser obligatoriamente acatado por las partes y no podrá ser objeto de apelación o de otro recurso distinto a los previstos en la Convención de Washington.

Los Estados Contratantes deben reconocer el carácter obligatorio del Laudo y deben hacer ejecutar en su territorio las **obligaciones pecuniaras impuestas por éste como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.** El Laudo se ejecuta de acuerdo a las normas de ejecución de Sentencias en vigencia en el momento de la misma.

#### *IV.5.4. Costas*

Los derechos exigibles a las partes son los fijados por el arancel del Centro. Los Honorarios de los árbitros los fijan los propios árbitros dentro de límites que establezca el Consejo Administrativo del CIADI.

#### *IV.5.5. Lugar del procedimiento*

Es la sede del CIADI, es decir, la Oficina Central del Banco Mundial, en Washington D.C., aunque el lugar puede ser cambiado por otro que el Tribunal Arbitral apruebe previa consulta con el Secretario General, siempre de común acuerdo con las partes.

#### *IV.5.6. Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI*

Al analizar sistemáticamente el CAD y los Convenios Bilaterales nos encontramos con ciertos problemas sobre la posibilidad de acudir a esta instancia internacional, básicamente respecto a la interpretación del Art. 26º de la CAD, que a continuación veremos, y otras consultas relativas a la posibilidad de solicitar pretensiones no patrimoniales ante dicha instancia. Los puntos que a continuación abordamos constituyen una consolidación de nuestra interpretación de las normas que allí se mencionan, y de las opiniones que al respecto las mencionadas personas nos han alcanzado.

Cabe señalar que la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI no es uniforme ni tampoco **vinculante** u obligatoria. Sólo sirve de precedente referencial. Asimismo, cabe señalar que se nos ha informado que **la mayor parte de las violaciones a los procesos de inversión extranjera y que dan fundamento y derecho a la interposición de una acción de esta naturaleza proviene de agencias autorizadas o también denominadas entidades públicas descentralizadas y ajenas al gobierno central, que generalmente es amistoso con la inversión extranjera**<sup>46</sup>. El

---

<sup>46</sup> En el caso del Perú, a la fecha ya se ha tramitado un proceso arbitral bajo la jurisdicción del CIADI. El proceso en mención concluyó con una Transacción entre las partes y, supuso la demanda de un inversionista francés que acusó a sus socios norteamericanos y peruanos una supuesta «expropiación judicial», con intervención política, de su participación accionaria en una importante empresa minera nacional.

recuento de casos ante CIADI ha determinado que sean los Gobiernos Locales los que en mayoría han incurrido en los atentados a la inversión extranjera que han terminado en un proceso arbitral de esta naturaleza, involucrando en sus efectos y responsabilidades al Gobierno Central.

*IV.5.7. Sobre interpretación del artículo 26° de la Convención de Washington en relación al agotamiento previo de las vías internas*

En el proceso seguido por Don Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España<sup>47</sup>, el Tribunal Arbitral discutió la renuncia contenida en el Art. 26° de la Convención de Washington, como consecuencia del cuestionamiento realizado por España sobre la jurisdicción del CIADI, alegando que no se habían agotado los recursos internos de conformidad con el Art. X<sup>48</sup> del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España (ABI). Para resolver la cuestión, el Tribunal Arbitral analizó lo previsto en dicha norma del CAD y señaló que si un Estado «no ha condicionado su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el artículo 26° invierte la regla jurídica internacional tradicional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos

47 Caso ARB/7/97. Laudo Arbitral del 09 de noviembre del 2000.

48 El Art. X del Acuerdo establece que «(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. (2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes e la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualesquiera de las circunstancias siguientes a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia sí lo hayan convenido. (4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del «Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [...]»

a menos que se renuncie a él en forma expresa o tácita» (sic) y aclaró que la oportunidad para hacer este condicionamiento era al momento de ratificar la Convención de Washington.

#### *IV.5.8. Fundamentos de la declaración de incompetencia del Tribunal Arbitral*

En el proceso seguido por Waste Magement, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos<sup>49</sup>, se planteó el tema de la competencia del Tribunal Arbitral como consecuencia de la interpretación del Art. 1121<sup>o50</sup> del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). La cuestión controvertida se centraba en determinar si la renuncia realizada por el demandante era suficiente para iniciar el proceso. Ello porque el demandante había iniciado procesos de cobro e indemnización de acuerdo al derecho interno mexicano y su renuncia dejaba a salvo estos procesos porque alegó, no estaban fundados en las razones invocadas en el TLCAN.

El Tribunal Arbitral realizó el análisis de dicha norma -prescindiendo del Art. 26º del CAD- y señaló entre sus considerandos que «es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121º del TLCAN» y que «el objeto de los procedimientos iniciados (por Waste Magement) en contra de Banobras y Acapulco se refiera a una de las medidas presuntamente violatorias de las disposiciones del TLCAN es prueba suficiente para encuadrarlo dentro de las conductas que debe abarcar la renuncia la que se refiere este artículo y que, por lo tanto, están proscritas para tener acceso al procedimiento arbitral contemplado por el TLCAN», por lo

---

<sup>49</sup> Caso N° ARB (AF)/98/2 seguido entre Waste Magement Inc., como demandante, y Estados Unidos Mexicanos, como demandado. Laudo del 02 de junio del 2000.

que entre otras razones, declaró su incompetencia. Esta resolución tuvo una opinión disidente que consideró entre otras razones, que si en las demandas iniciadas por el demandante en México «se alegara esencialmente el equivalente a una violación del Capítulo XI» (invocado como fundamento de la demanda arbitral) sí sería procedente declarar la incompetencia.

#### IV.6. Conflicto entre un Gobierno Local y un inversionista

En el proceso seguido por Metalclad contra los Estados Unidos Mexicanos<sup>51</sup>, se discutió sobre la violación a las normas sobre inversión previstas por el Tratado de Libre Comercio para América del Norte TLCAM. En este proceso, Metalclad afirmó haber actuado sobre la base de información proporcionada por la Municipalidad Guadalcázar que señalaba que los trámites realizados por ésta eran suficientes para el funcionamiento del confinamiento. Durante la construcción del confinamiento, la Municipalidad ordenó la paralización de la obra y luego de un Convenio entre las partes, Metalclad culminó la construcción. Cuando solicitó la licencia al Municipio, éste la denegó sin que existiera ninguna justificación legal para ello. Posteriormente, una vez iniciado el procedimiento arbitral, el Municipio expidió un **edicto ecológico que declaraba el lugar como área natural por existir un cactus único**.

En este proceso, el Tribunal Arbitral consideró que:

---

50 El inciso b) del Art. 1121º del TLCAN establece que «Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1116º solo si: B) el inversionista y, cuando la reclamación se refiere a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar, continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116º, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente».

51 Caso N° ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation, como demandante, y Estados Unidos Mexicanos, como demandado. Laudo del 30 de agosto del 2000.

«(i) el Municipio no cumplió con su obligación de asegurar un marco transparente y previsible para la inversión de Metalclad; (ii) que el derecho interno (como los requisitos establecidos por el Municipio) no justifican el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Tratado; y, (iii) impedir para siempre la operación del confinamiento, es una expropiación indirecta y en consecuencia, ordenó una indemnización a favor de Metalclad equivalente a su inversión, más los daños y perjuicios producidos.»

## V. Evaluación sobre el sometimiento de una controversia a la jurisdicción arbitral del CIADI

### V.1. Aspectos medulares

Son cuatro las razones que nos permiten arribar a la conclusión que ante una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado peruano, donde exista la posibilidad de recurrir al CIADI, deberá evaluarse dicha posibilidad como la primera de las opciones legales a considerar:

- La necesidad de recurrir a un fuero de solución de controversias neutral e imparcial, esto es ajeno a los problemas de orden político que puede acarrear una controversia entre un Estado y un inversionista extranjero es uno de los puntos centrales que debe evaluarse respecto a cualquier caso práctico que se pueda suscitar.
- La obtención del reconocimiento de la pretensión global del inversionista demandante que en principio comprendería la *restitutio in integrum* y la reparación de los daños y perjuicios que la conducta del Estado infractor puede ser objeto del proceso que se tramita bajo el CAD y los Convenios Bilaterales;
- La ejecutabilidad del fallo; y,
- La no contradicción entre posibles fallos de tribunales de distinta naturaleza, internos e internacionales.

Como se ha señalado precedentemente, los requisitos de imparcialidad y no contradicción quedarían asegurados con el sometimiento del caso ante un Tribunal Arbitral del CIADI. Dicha opción plantea sin embargo algunos aspectos complejos referidos a la aplicabilidad de los

Convenios Bilaterales; y a los alcances de la jurisdicción de los Tribunales del CIADI en relación a las antes pretensiones que puedan ser objeto de la controversia, en tanto que además del derecho interno deberán tomarse en consideración los principios del Derecho Internacional Público y adicionalmente, del Derecho Internacional Privado; habida cuenta de la implicancia de ambas ramas del derecho en relación al objeto del Tratado Multilateral y de los correspondientes Tratados o Convenios Bilaterales de protección de inversiones extranjeras.

## V.2. Aspectos relevantes de un caso de la «jurisdicción arbitral» del CIADI

La pregunta que procede hacer es, entonces, si un inversionista podría someter al arbitraje internacional del CIADI su pretensión global, es decir, tanto la *restitutio in integrum* (que podría materializarse a través de la nulidad de la revocación y/o paralización del acto de afectación orden de inaplicación y/o cese de la amenaza de expropiación) cuanto la reparación de daños y perjuicios.

Se formula la pregunta porque la reposición a la situación anterior (la *restitutio in integrum*) sólo podría obtenerse en el Perú a través de las Acciones de Amparo y Contenciosa Administrativa<sup>52</sup> y tales acciones son, respectivamente, reiteramos Acciones de Garantía Constitucional y de Control de Legalidad, las que han sido reservadas por la Constitución Política del Perú al conocimiento de los tribunales peruanos, por ser parte del *Ius Imperium*. Podría entonces sostenerse que si existe tal reserva, los Tribunales Arbitrales del CIADI tendrían que restringir su pronunciamiento al aspecto meramente reparatorio, es decir, a la indemnización de daños y perjuicios.

Al respecto existen dos opciones diferentes, cuyos argumentos se exponen a continuación:

---

<sup>52</sup> No nos referimos a la denuncia ante la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI que, aunque persiga el mismo objeto -detener el acto de impedimento de acceso al mercado- tiene una naturaleza diferente a la de un proceso judicial, puesto que aquello que resuelva el INDECOPI es también un acto administrativo sujeto a posterior revisión por el Poder Judicial.

### V.2.1. Los tribunales arbitrales del CIADI son competentes para conceder la *restitutio in integrum*

Ni los Convenios Bilaterales -por regla general- ni la Convención de Washington contienen restricción alguna referida a la competencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI ni al contenido del petitorio o del Laudo. Eso significa que, en aplicación del principio de derecho «no cabe distinguir donde la ley no distingue» (*ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*), los Tribunales Arbitrales del CIADI tienen jurisdicción para conceder la *restitutio in integrum*;

En concordancia con lo anterior, el Art. 25º de la Convención de Washington establece que la jurisdicción del CIADI se extiende a «las diferencias de naturaleza jurídica», sin hacer distinciones o excepciones de ninguna clase;

No parece razonable pensar que el espíritu de los Convenios Bilaterales, que apunta a la protección efectiva de la inversión extranjera, establece la obligación de los Estados de **abstenerse de privar a un inversionista de su inversión y propugna el fortalecimiento de la cooperación entre ambos países** para su mutua prosperidad económica, sea restringir el conocimiento de los Tribunales Arbitrales del CIADI a la indemnización de daños y perjuicios. Más coherente con esos propósitos parecería ser la consideración de la potestad de los Tribunales Arbitrales del CIADI de ordenar la *restitutio in integrum*;

Podemos citar para ello un ejemplo concreto, que creemos resulta pertinente analizar el Art. 8º del Convenio Bilateral Perú Chile, cuando señala que «la elección de uno u otro procedimiento será definitiva», plantea de manera excluyente la remisión de la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al arbitraje internacional del CIADI y **no a ambos en conjunto**. Como es posible apreciar, dicha norma no ha reservado el conocimiento de acciones de *restitutio in integrum* a los tribunales nacionales y, coherentemente con eso, prohíbe el conocimiento de la misma materia por ambos fueros. A partir del Art. 8º, los funcionarios de la Secretaría del CIADI entienden que el Tribunal Arbitral del CIADI tendría jurisdicción para ordenar la *restitutio in integrum*, no obstante haber señalado que la práctica es someter al conocimiento de estos tribunales únicamente indemnizaciones por daños y perjuicios; y

Si bien el Art. 26º de la Convención de Washington establece que la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI, esto es «con exclusión de cualquier otro recurso» interno, y parecería contradictorio que por un lado tengan jurisdicción exclusiva y excluyente y que por el otro, dichos Tribunales Arbitrales «exclusivos y excluyentes» puedan considerarse incompetentes para conocer algún aspecto referido a la afectación de la inversión. Ello porque el resultado de tal contradicción equivaldría a dejar al inversionista en la indefensión, al tener que optar entre dos vías excluyentes.

### V.2.2. Los tribunales arbitrales del CIADI no son competentes para ordenar una *restitutio in integrum*

El Derecho Supranacional se nutre de lo que los Derechos nacionales en sus ordenamientos internos le deleguen. Dicha cesión debe ser expresa pues las facultades soberanas de un país no se pueden ser válidamente otorgadas de modo implícito. Según ello, si el ejercicio del Control Constitucional corresponde a los Tribunales Peruanos, como expresamente se ha manifestado en la Carta Constitucional peruana, y no existe norma alguna en el Derecho interno peruano que delegue de manera expresa la competencia en materia de control constitucional a los Tribunales Arbitrales del CIADI, debe entenderse **que dicha competencia no ha sido delegada y permanece en los tribunales peruanos.**

El Art. 54º de la Convención de Washington establece que «todo Estado Contratante reconocerá el Laudo dictado por este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el Laudo [...]». Esta norma parecería indicar que la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI estaría restringida a la aplicación de reparaciones pecuniarias pues, de otra manera, la norma habría aludido a la ejecución de todas las obligaciones impuestas por el Laudo (incluyendo la *restitutio in integrum*) y no únicamente las pecuniarias;

Los funcionarios de la Secretaría del CIADI han señalado que la práctica de sus Tribunales Arbitrales no es la de reponer al inversionista a la situación anterior a los hechos que son materia de juzgamiento (restitución del status quo), sino el concederle una indemnización o reparación patrimonial suficientemente importante que cubra todos los daños y perjuicios que el Estado demandado les ha ocasionado (lucro cesante,

daño emergente y eventual daño moral) que cubra el íntegro de la inversión y las proyecciones económicamente razonables de la misma, como si hubiese podido operar sin la arbitrariedad sufrida, tal como si la inversión hubiese sido razonablemente exitosa o rentable. Señalaron al mismo tiempo, sin embargo, que se trata de una práctica que algunas veces deriva del contenido de ciertos tratados y/o normas internas (i.e en Libia el Estado se reserva la potestad de indemnizar sin restituir) y otras de la simple apreciación del respectivo Tribunal Arbitral; y,

Los expertos consultados han señalado que aún cuando pudiera considerarse que procede solicitar al CIADI la *restitutio in integrum* para los casos de expropiaciones ilegales, los Tribunales Arbitrales de dicho organismo suelen no concederla, limitándose a imponer condenas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios en los términos ya señalados. Indicaron que en ocasiones se ha laudado la *restitutio in integrum*, pero que ahora se trata de una práctica en abandono, pues el criterio imperante del CIADI es el de no inmiscuirse en asuntos internos de los Estados, ni calificar la legalidad de los actos de imperio. Se considera en ese sentido que si el Estado ha decidido -legal o ilegalmente- expropiar a un inversionista extranjero, no cabe discutir dicha decisión, ni es posible reponer al inversionista en su situación previa, sino que únicamente se debe ordenar la reparación del daño por completo.

### V.3. La ejecutabilidad del laudo

Este aspecto fue también materia de consulta a los expertos antes citados, quienes señalaron que los Estados condenados por los Tribunales Arbitrales del CIADI al pago de indemnizaciones suelen cumplir con los Laudos, dado que las medidas coercitivas bilaterales son muy fuertes a la luz de la Convención de Washington (embargo de bienes del Estado parte en cualquier parte del mundo donde tuviese activos libres, o sanciones multilaterales (FMI, BM, BID, CAF, etc.).

La razón de ello radica en que, por regla general, los Laudos llegan además a ser de conocimiento público, y los Estados son conscientes de los efectos negativos de tal publicidad en relación a sus esfuerzos de atracción de la inversión extranjera tan necesaria en sus economías internas.

En otras palabras, la opinión de los mencionados expertos es que el cálculo del costo beneficio lleva a los Estados a cumplir espontáneamen-

te con el pago de los montos ordenados por los Laudos. Dichos montos, -indicaron- generan importantes intereses desde el momento de interposición de la acción ante el CIADI.

Otro tipo de presión a la que se ven sometidos los Estados, indicaron es la retención de los desembolsos de préstamos otorgados a los Estados por el Banco Mundial o los acuerdos de reestructuración o Cartas de Intención con el Fondo Monetario Internacional. Dicho de otro modo, un pretendido incumplimiento del Laudo por un Estado vencido en el proceso arbitral, le puede acarrear graves consecuencias económicas y efectivas represalias a nivel internacional. Por ello, dicha presión es bastante fuerte dada la necesidad de fondos de los países.

Los Laudos arbitrales pueden ser ejecutados mediante embargos internacionales a cuentas o propiedades del Estado peruano. Cabe citar por ejemplo el embargo que ha afectado hace poco al local, muebles y enseres de la Embajada de la Confederación Rusa en París, como consecuencia del incumplimiento de un Laudo expedido oportunamente por el CIADI.

## VI. Conclusiones

Creemos que del análisis efectuado a los Convenios Bilaterales, así como a los instrumentos que se vinculan a éstos, y como conclusión de los puntos antes expuestos, la pretensión o pretensiones que se sometan a un posible Proceso Arbitral que se podría tramitar como consecuencia de la expedición de actos administrativos inconstitucionales y violatorios de los derechos de un inversionista extranjero no pueden incluir pretensiones que únicamente competen a la actividad jurisdiccional interna.

La reserva de la jurisdicción del Poder Judicial a determinadas pretensiones es una de las características que determinan que el Arbitraje privado (interno o internacional) no sea equiparable o paralelo o alternativo al Sistema Judicial Interno, y por el contrario sea un **mecanismo procesal de solución de controversias** que coexiste con el litigio judicial y que se reserva a determinadas pretensiones materiales, pretensiones que están por cierto tasadas en la Ley. Débase necesariamente tener presente en este punto que nuestra Ley General de Arbitraje prevé literalmente en su Art. 1º.

«Art. 1 .- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

[...]

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.»

La actividad de **control legal y constitucional**, así como la **protección de derechos fundamentales**, son actividades jurisdiccionales que solamente asisten al Estado Peruano, no delegables a ningún Tribunal Arbitral nacional o extranjero, pues son atribuciones que emanan del *ius imperium*, como tal no podrían ser objeto de convenio, pacto o cualquier otra naturaleza de acuerdo que las releve del control el Poder Judicial.

Sin perjuicio de la interpretación antes expuesta, y con ello de la imposibilidad de solicitar como pretensión en el Proceso Arbitral bajo análisis una restitutio in integrum, esta solamente podrá demandarse ante el CIADI como **pretensión accesoría** a la pretensión principal que debe tener naturaleza patrimonial.

No creemos tampoco que las pretensiones de control de legalidad de los actos administrativos que vulneran los derechos constitucionales de los inversionistas extranjeros así como la protección de los derechos fundamentales vulnerados puedan ser demandados en la vía del Arbitraje Nacional que nace de los Convenio de estabilidad jurídica celebrado por Estado Peruano, a lo más podríamos imputar un incumplimiento contractual por parte del Estado de las cláusulas de dicho Convenio, mas no un control de legalidad y/o constitucional, habida cuenta de los principios reseñados, y la norma legal antes citada.

Lima, septiembre del 2001