

El estado actual del estándar de protección y seguridad plena en el derecho internacional de las inversiones

The current status of the full protection and security standard in international investment law

Javier Ferrero Díaz*
Universidad de Lima
American University Washington College of Law

Resumen:

Uno de los estándares de protección disponibles para inversionistas extranjeros en tratados de protección a las inversiones —ya sea en tratados bilaterales de inversión o en capítulos de inversión de tratados de libre comercio— viene a ser el estándar de protección y seguridad plena, el cual es usualmente materia de reclamo en arbitrajes inversionista-Estado, luego de los estándares de trato justo y equitativo y expropiación ilegítima, que son los más demandados. Es por ello que, entender los alcances de este estándar, su evolución y situación actual en el derecho internacional de las inversiones, resulta de gran relevancia.

Abstract:

One of the standards of protection available to foreign investors in investment protection treaties —whether in Bilateral Investment Treaties or in Investment Chapters of Free Trade Agreements— is the standard of full protection and security, which is usually subject of claims in investor-State arbitrations after the standards of fair and equitable treatment and unlawful expropriation, which are the most claimed. Therefore, understanding the scope of this standard, its evolution and status in international investment law is of great relevance.

Palabras clave:

Arbitraje inversionista-Estado; protección y seguridad plena; protección física; protección legal; responsabilidad objetiva; debida diligencia; protestas sociales.

Keywords:

Investor-State arbitration; full protection and security; physical protection; legal protection; strict liability; due diligence; social protests

* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (2002), con LL. M. en American University Washington College of Law (2003-2004), quien ha trabajado en firmas legales de gran prestigio a nivel internacional como local. Actualmente es árbitro y consultor independiente en arbitraje nacional, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversiones y en temas vinculados con asociaciones público-privadas. Asimismo, es delegado para el Perú de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI (2024-2027) y profesor del curso "Comercio Internacional y Protección a las Inversiones" de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Correo de contacto: javier.ferrerodiaz@outlook.com

1. Introducción

El estándar de protección y seguridad plena, de manera general, se refiere a la obligación que tiene un Estado parte de un tratado de protección a las inversiones, de proporcionar al inversionista nacional (persona natural o jurídica) del otro Estado parte que ha realizado una inversión cubierta en el territorio del primero, una protección física a sus inversiones.

Este estándar puede presentarse de manera individual en muchos tratados de protección a las inversiones antiguos, o llamados, de primera generación, refiriéndose a la palabra “plena”, “plena y completa”, entre otras formulaciones.

A modo de ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversiones (en adelante “TBI”) Argentina-Perú de 1996 establece que “[l]as inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de **plena** protección de este Convenio”¹ [Énfasis agregado].

Por otro lado, el TBI México-Francia dispone que “[l]as inversiones realizadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante gozarán de protección y seguridad **plena y completa** en el territorio y zona marítima mencionados”² [Énfasis agregado].

De igual forma, el estándar de protección y seguridad plenas puede presentarse como parte del derecho al nivel mínimo de trato junto con el estándar de trato justo y equitativo, tal como aparecen en capítulos de inversión de tratados de libre comercio o tratados de protección a las inversiones más modernos. A modo de ejemplo, el capítulo 10 sobre “Inversión” del Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos-Perú, que incorpora como parte del derecho al nivel mínimo de trato al estándar de protección y seguridad plenas, establece que este “exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”³.

Sin embargo, para efectos de poder entender el real alcance de este estándar, es necesario ver cómo los tribunales arbitrales lo han desarrollado en diversos casos y qué elementos deben estar presentes para

que se pueda configurar una violación del mismo, por falta de una protección física del Estado a la inversión extranjera, e, incluso, en algunos casos, por falta de una protección legal de dicha inversión.

Al respecto, doctrina especializada en arbitraje de inversiones explica lo siguiente:

El estándar de [protección y seguridad plena] se ha aplicado principalmente en tres escenarios. En algunos primeros casos, actos de insurgentes o grupos amotinados perjudicaron la inversión extranjera. En un segundo grupo de casos, fuerzas gubernamentales como autoridades policiales o unidades militares estuvieron involucrados. Los casos más recientes se han referido a actos regulatorios gubernamentales que perturban la estabilidad jurídica del negocio del inversionista. (Dolzer, Kriebaum y Schreuer, p. 231)

De esta manera, pueden darse situaciones que no dependen de una acción directa del Estado receptor de la inversión, que causen una violación al estándar de protección y seguridad plena, y que se basen, más bien, en la falta de reacción de dicho Estado por actos ocasionados por terceros, que han afectado físicamente la inversión extranjera protegida bajo el tratado aplicable. Ante aquel supuesto, un tribunal arbitral evaluará si dicho Estado actuó con una “debida diligencia” en base a las circunstancias específicas y hechos del caso, no aplicando una responsabilidad objetiva, como veremos.

Por otro lado, pueden darse situaciones en donde el Estado sí estuvo directamente involucrado en la afectación física a la inversión extranjera. En dichos casos, ya no es necesario analizar una “debida diligencia”, ya que el Estado fue directamente responsable del daño físico generado a la inversión extranjera.

En todo caso, como explica la doctrina sobre la materia, hay que tener en consideración que “[l]a obligación de [protección y seguridad plena] es de medios no de resultados. Es decir, no proporciona al inversor una póliza de seguro contra daños a su inversión” (Richard y Galardi, p. 210). En consecuencia, es de especial relevancia el análisis desarrollado por el tribunal arbitral respecto de los hechos de cada caso en particular y la forma en que el Estado ha actuado frente a una situación en específico.

1 Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 10 de noviembre de 1994 y que entró en vigencia el 24 de octubre de 1996, art. 2(2).

2 Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, firmado el 12 de noviembre de 1998 y que entró en vigencia el 12 de octubre del 2000, art. 4.3.

3 Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y Estados Unidos, firmado el 12 de abril de 2006 y que entró en vigencia el 1 de febrero de 2009, art. 10.5: 1. “Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. [...]”.

2. El inicio de la aplicación del estándar de protección y seguridad plena en arbitrajes ante el CIADI

El primer arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial ("CIADI") bajo un tratado de protección a las inversiones, el cual, a su vez, estuvo relacionado con una violación al estándar de protección y seguridad plena, fue el de *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka* (CIADI, 1990).

La controversia materia de este arbitraje tuvo que ver con una inversión de la empresa *Asian Agricultural Products Ltd.* ("AALP"), de nacionalidad inglesa, en la empresa *Serendib Seafoods Ltd.* en la República de Sri Lanka, vinculada con una granja para el criadero de camarones⁴.

Durante una persecución militar contra rebeldes de la zona, los militares del Estado destruyeron la granja de camarones de *Serendib Seafoods Ltd.* En consecuencia, AALP alegó haber sufrido una pérdida total de su inversión, solicitando una indemnización de USD 8 millones por una violación al estándar de protección y seguridad plena bajo el TBI Reino Unido-Sri Lanka, el cual establecía lo siguiente⁵:

Las inversiones de los nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes recibirán en todo momento un trato justo y equitativo **y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.**⁶ [Énfasis agregado].

El tribunal arbitral estableció que, si bien el Estado de Sri Lanka no tenía una responsabilidad objetiva o *strict liability*, éste tenía la obligación de actuar con una debida diligencia. Sin embargo, no tomó las medidas que razonablemente se esperaban para prevenir la destrucción de la propiedad de AALP. En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó que Sri Lanka violó el estándar de protección y seguridad plena bajo el TBI Reino Unido-Sri Lanka, ordenando a dicho Estado pagar al inversionista el monto de USD 460,000 más intereses por los daños ocasionados⁷.

Otro emblemático arbitraje CIADI sobre la violación del estándar de protección y seguridad es el de *Wena Hotels Limited c. República de Egipto*.

En este caso, *Wena Hotels Limited* ("Wena") y la Compañía de Hoteles Egipcia ("EHC"), entidad afiliada a la Autoridad de Turismo del Estado, celebraron un contrato para el alquiler y desarrollo de dos hoteles en las ciudades de Luxor y Cairo, en Egipto⁸. Sin embargo, poco tiempo después de celebrados ambos contratos, surgieron una serie de controversias entre las partes respecto a sus obligaciones contractuales, lo que generó que Wena iniciara acciones locales⁹. Luego, EHC, por medio de cientos de personas, tomó ambos hoteles a la fuerza, sin ninguna real acción por parte de la policía para proteger físicamente la inversión extranjera, ni por parte del Estado, para devolver los hoteles a Wena¹⁰.

Es recién un año después de estos acontecimientos que EHC devolvió los hoteles a Wena. No obstante, estos se encontraban en un muy mal estado y severamente deteriorados, e incluso las licencias de operación se encontraban suspendidas¹¹. Ello llevó a que Wena iniciara un arbitraje CIADI contra Egipto bajo el TBI Egipto-Reino Unido alegando violaciones bajo dicho tratado, incluyendo la violación del estándar de protección y seguridad plena (que contenía una redacción similar a la del tratado aplicable en el arbitraje de *AAPL c. Sri Lanka*)¹².

Como parte de su análisis, el tribunal arbitral estableció lo siguiente:

Hay pruebas sustanciales de que, incluso si los funcionarios egipcios distintos de los funcionarios de EHC no participaron en las incautaciones de los hoteles el 1 de abril de 1991: 1) Egipto era consciente de las intenciones de EHC de incautar los hoteles y no hizo nada para impedir esas incautaciones; 2) la policía, aunque respondió a las incautaciones no hizo nada para proteger los bienes de Wena; 3) durante casi un año, Egipto (a pesar de su control sobre EHC [...]) no hizo nada para devolver los hoteles a Wena; 4) Egipto no evitó que los hoteles sufrieran daños antes de su devolución a Wena; 5) Egipto no impuso ninguna sanción sustancial a

4 Véase *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990.

5 *Ibid.*

6 Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Sri Lanka para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 13 de febrero de 1980 y que entró en vigencia el 18 de diciembre de 1980, art. 2(2). (Traducción no oficial al español).

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*, ¶ 17.

9 *Ibid.*, ¶¶ 19-20.

10 *Ibid.*, ¶¶ 33-50.

11 *Ibid.*, ¶¶ 91-92.

12 Acuerdo entre el Reino Unido e Irlanda del Norte con el Gobierno Árabe de Egipto para la promoción y protección de inversiones, firmado el 11 de junio de 1975 y que entró en vigencia el 24 de febrero de 1976, art. 2(2): "Las inversiones de los nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes recibirán en todo momento un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante." (Traducción no oficial al español).

EHC (o a sus altos funcionarios responsables de las acciones de EHC; y 6) Egipto se negó a compensar a Wena por las pérdidas sufridas. (CIADI, 2000, p. 82)

En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó que Egipto violó el estándar de protección y seguridad plena bajo el TBI Egipto-Reino Unido, así como el estándar de trato justo y equitativo, y que, además, el Estado incurrió en una expropiación indirecta de la inversión de Wena¹³. El tribunal arbitral ordenó a Egipto pagar a Wena el monto de USD 20'600,986.43 por concepto de daños al inversionista extranjero más intereses¹⁴.

De esta manera, hay un consenso entre diversos tribunales arbitrales que han tratado un reclamo de violación del estándar de protección y seguridad plena en su ámbito físico, que el Estado receptor de la inversión no tiene una responsabilidad objetiva para prevenir una violación de dicho estándar. Más bien, "se acepta generalmente que el Estado receptor deberá ejercer una 'debida diligencia' y adoptar las medidas necesarias para proteger la inversión extranjera que sean razonables en las circunstancias" (Dolzer, Kriebaum y Schreuer, p. 232).

Dicho esto, actualmente es materia de debate entre los tribunales arbitrales, en qué medida deben tenerse en cuenta las condiciones económicas y sociales de un Estado receptor de la inversión a la hora de evaluar su cumplimiento del estándar de protección y seguridad plena. A modo de ejemplo, en el arbitraje CIADI de *Pantechniki c. Albania*, el tribunal arbitral denegó un reclamo de violación del estándar de protección y seguridad plena indicando lo siguiente:

Por el contrario, es probable que se produzca un fallo en la protección y la seguridad en un caso impredecible de desorden civil que podría haber sido fácilmente controlado por un Estado poderoso, pero que desborda las capacidades limitadas de uno que es pobre y frágil. No se trata de incentivos o desincentivos en relación con el colapso imprevisto del orden público; parece difícil sostener que un gobierno incurre en responsabilidad internacional por no haber previsto problemas sin precedentes de magnitud [...] (CIADI, 2009, p. 77).

Es por ello por lo que resulta relevante para el análisis de una violación del estándar de protección y seguridad plena, los recursos del Estado en particular, ya que, como hemos señalado, no hay una responsabilidad objetiva, sino una obligación internacional de "debida diligencia" teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular.

3. De una protección física de la inversión a una protección legal

La evolución del estándar de protección y seguridad plena llevó que algunos tribunales arbitrales comenzarán a expandir su alcance más allá de lo físico, para incluir el ámbito legal.

El primer arbitraje CIADI en donde se estableció, de manera general, que el estándar de protección y seguridad plena se puede extender, también, a la protección legal, fue el de *Azurix c. República Argentina*¹⁵.

Azurix, una empresa americana, ganó una licitación para una concesión de agua y saneamiento por un periodo de treinta años en la provincia de Buenos Aires¹⁶. Sin embargo, en los años siguientes a la celebración del contrato de concesión, la provincia de Buenos Aires tomó una serie de medidas que afectaron severamente la inversión de Azurix, tales como las siguientes: (i) modificaciones al régimen tarifario acordado, (ii) falta de reparación de infraestructura a cargo del Estado, y, (iii) promoción a los usuarios para que no cumplieran con el pago de las tarifas. Todo lo cual llevó a que Azurix decidiera terminar, de manera unilateral, el contrato e iniciar un procedimiento de quiebra¹⁷.

Azurix inició un arbitraje CIADI reclamando una violación por la Argentina del TBI Argentina-Estados Unidos, incluyendo una violación del estándar de protección y seguridad plena, alegando que el Estado no proporcionó al inversionista extranjero un ambiente legal y regulatorio estable. Cabe indicar que el TBI Argentina-Estados Unidos contenía la siguiente disposición sobre el estándar de protección y seguridad plena: "se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional"¹⁸.

El tribunal arbitral, luego de todo un análisis, concluyó que Argentina había incurrido en una violación del estándar de protección y seguridad, indicando lo siguiente:

El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar a la inversión protección y seguridad plenas. [...]. **No se trata tan solo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro.** [...]

13 *Ibid.*, ¶¶ 134-135.

14 *Ibid.*, ¶ 136.

15 Véase, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006.

16 *Ibid.*, ¶¶ 38-41.

17 *Ibid.*, ¶ 43.

18 Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones, firmado el 14 de noviembre de 1991 y que entró en vigencia el 20 de octubre de 1994, art. 2.2(a).

cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. (CIADI, 2006, p. 408) [Énfasis agregado].

En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó que, al haber establecido que Argentina violó el estándar de trato justo y equitativo bajo el TBI Argentina-Estados Unidos, también incumplió con el estándar de protección y seguridad plena bajo dicho tratado.

Luego, otros tribunales arbitrales han seguido la posición de *Azurix c. Argentina* (CIADI, 2006). Por ejemplo, en *Siemens c. Argentina*, el tribunal arbitral estableció que, teniendo en cuenta la definición de inversión en el tratado aplicable, que incluía activos tangibles e intangibles, la obligación de proporcionar protección y seguridad plena era más amplia que la protección física de la inversión, ya que era difícil entender cómo se lograría la seguridad física de activos intangibles (CIADI, 2007). De la misma manera, en *Biwater c. Tanzania*, el tribunal arbitral estableció que sería indebidamente artificial el tener que limitar el concepto de “plena seguridad” al aspecto físico teniendo en cuenta el uso de este término en un TBI, dirigido a las inversiones comerciales y financieras.

Sin embargo, otros tribunales se han opuesto a extender el alcance del estándar de protección y seguridad plena al ámbito legal. Por ejemplo, en *Gold Reserve c. Venezuela*, el tribunal arbitral estableció que, si bien algunos tribunales han ampliado el concepto de protección y seguridad plena al ámbito jurídico, la opinión más tradicional y comúnmente aceptada, en base a diversos casos, era que dicho estándar se refería a la protección contra daños físicos a personas y bienes (CIADI, 2014). Igualmente, en *Saluka Investments BV. c. República Checa*, el tribunal arbitral señaló que el estándar de protección y seguridad plena no cubría cualquier afectación de la inversión, sino que protegía específicamente la integridad física de la inversión frente a una interferencia por medio del uso de la fuerza (CIADI, 2006).

Al final, va a depender de qué establece el tratado de protección a las inversiones, aplicable al caso en concreto. Por ejemplo, el TBI Argentina-Perú incorpora expresamente un estándar de protección y seguridad más amplio, incluyendo el ámbito legal, al sostener que “las inversiones de inversores de

una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y **seguridad jurídica** en el territorio de la otra Parte Contratante”¹⁹ [Énfasis agregado].

Otro ejemplo similar lo encontramos en el TBI Alemania-Argentina, en el que se establece que “las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y **seguridad jurídica** en el territorio de la otra Parte Contratante”²⁰ [Énfasis agregado].

Sin embargo, en los tratados de protección de inversiones de segunda generación ya no se suelen encontrar estándares de protección y seguridad plena que incorporen expresamente el ámbito legal, limitando expresamente el alcance de este estándar a la protección física y de acuerdo con la costumbre internacional.

Por ejemplo, en el capítulo 10 sobre “Inversión” del Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (conformado por Chile, Colombia, México y Perú) se establece como parte del estándar de nivel mínimo de trato, que el estándar de protección y seguridad plena “exige a cada Parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”²¹.

4. Los recientes arbitrajes CIADI de Energía y Renovación Holding S.A. c. República de Guatemala y de Lupaka Gold Corp. c. República del Perú

Dos recientes laudos CIADI estableciendo una violación del estándar de protección y seguridad plena, muestran la manera como actualmente los tribunales arbitrales están tratando y analizando reclamos sobre este estándar desde el ámbito físico.

4.1. Energía y Renovación Holding S. A. c. República de Guatemala

Este caso tuvo que ver con la inversión de una empresa panameña en la construcción y operación de dos plantas hidroeléctricas (Generadora San Mateo y Generadora San Andrés), así como una línea de transmisión (en adelante “el Proyecto”) ²².

En el 2013 se inició el desarrollo del Proyecto, pero, solo un año después, grupos armados de la zona atacaron las instalaciones mediante el incendio de campamentos, la destrucción de maquinaria y la agresión al personal de la empresa ²³. Durante los años siguientes, se generó un incremento

19 Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 10 de noviembre de 1994 y que entró en vigencia el 24 de octubre de 1996, art. 4.1.

20 Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 9 de abril de 1991 y que entró en vigencia el 8 de noviembre de 1993, art. 4.1.

21 Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico, firmado en febrero de 2014 y que entró en vigencia en mayo de 2016, Capítulo 10 sobre “Inversión”, art. 10.6 sobre “Nivel Mínimo de Trato”.

22 Véase, *Energía y Renovación Holding S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/21/56, Laudo del 31 de marzo de 2025.

23 *Ibid.*, ¶ 81.

significativo de los ataques en el Proyecto, llegando a una situación crítica en el año 2017, lo cual puso en peligro, incluso, la vida de los trabajadores²⁴. Pese a que la demandante había solicitado, en innumerables ocasiones, la intervención del Estado para garantizar la seguridad de las instalaciones del Proyecto, los ataques continuaban y la reacción del Estado no fue suficiente²⁵.

Esta situación llevó a que, en el 2018, se celebre un Acuerdo para la Paz y Desarrollo de la zona, con la finalidad de restaurar el orden, garantizar la seguridad y el desarrollo, así como permitir finalizar el Proyecto²⁶. Sin embargo, este acuerdo fue incumplido, volviendo el caos y ataques al Proyecto, sin que el Estado procesara a los causantes de los actos violentos²⁷.

Ello llevó a que el inversionista iniciara un arbitraje CIADI contra Guatemala en octubre de 2021, bajo el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, alegando, entre otras cosas, una violación del estándar de protección y seguridad plena, señalando que se había generado una pérdida total de su inversión al no poder continuar operando el Proyecto²⁸.

Por un lado, Guatemala era de la posición de que su deber consistía en actuar con una “mínima diligencia debida”, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la disponibilidad de los recursos del Estado²⁹. Por otro lado, el inversionista alegaba que el deber de diligencia del Estado era más amplio, incluyendo las nociones de previsibilidad, precaución y prevención³⁰.

Cabe indicar que el tratado aplicable establecía lo siguiente en su artículo 10.06 sobre nivel mínimo de trato: “Una Parte otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el Derecho Internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”³¹.

Para efectos de su análisis, el tribunal arbitral partió de una interpretación del texto antes citado, acorde con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, llegando al entendimiento de que el tratado aplicable “pretendía promover una norma amplia de “trato mínimo”³². Ello debido a que no se refería al derecho internacional consuetudinario, sino únicamente al derecho internacional, que para el tribunal arbitral era “un silencio bastante elocuente”³³.

De acuerdo con el tribunal arbitral, el artículo 10.06 sobre nivel mínimo de trato “establec[i]a un alto grado de protección y seguridad”³⁴. Sin embargo, dicha cláusula no imponía al Estado el deber de tomar toda y cualquier medida para cumplir con su obligación, debiendo “existir cierta razonabilidad en las medidas aplicadas para cumplir con la obligación de protección y seguridad plenas”³⁵. Por tanto, de acuerdo con el tribunal arbitral el estándar aplicable correspondía “a los deberes de vigilancia y debida diligencia analizados bajo el principio de razonabilidad y de las circunstancias específicas del caso”³⁶.

Luego de una evaluación de los hechos del caso, así como de la evidencia presentada, el tribunal arbitral estableció que “no cab[ía] duda de que la inversión fue objeto de ataques físicos repetidos y duraderos contra bienes y personas relacionados con el Proyecto”³⁷. En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó, por mayoría, que, a la luz de todas las circunstancias del caso y las medidas que Guatemala podía implementar, el Estado incumplió con su “deber de vigilancia” y “debida diligencia”, violando el estándar de protección y seguridad plena bajo el tratado aplicable³⁸.

4.2. Lupaka Gold Corp. c. República del Perú

Este caso tiene que ver con el proyecto de la empresa Invicta Mining Corporation (en adelante, “Invicta”), titular de una serie de concesiones mineras de oro al

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*, ¶¶ 82-83.

26 *Ibid.*, ¶ 82.

27 *Ibid.*, ¶ 83.

28 *Ibid.*, ¶ 84.

29 *Ibid.*, ¶ 293.

30 *Ibid.*

31 Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, firmado el 6 de marzo de 2022 y que entró en vigencia el 11 de abril de 2003, art. 10.06.

32 Véase Energía y Renovación Holding S.A. c. República de Guatemala., Caso CIADI No. ARB/21/56, Laudo del 31 de marzo de 2025, ¶ 296: Cumple notar que el Artículo 10.06 no menciona el derecho internacional consuetudinario, un silencio sin duda bastante elocuente. En otras palabras, en lugar de restringir el alcance del Artículo 10.06, la Mayoría de este Tribunal que el Tratado pretendía promover una norma amplia de “trato mínimo”.

33 *Ibid.*, ¶ 296.

34 *Ibid.*, ¶ 297.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, ¶ 302.

37 *Ibid.*, ¶ 322.

38 *Ibid.*, ¶ 354.

norte de Lima, el cual se vio afectado por protestas de pobladores de la Comunidad Campesina de Parán³⁹. En el 2012, Lupaka Gold (en adelante, “Lupaka”) adquirió el 99 % de las acciones de Invicta, titular de dicha concesión minera⁴⁰.

En octubre de 2018, miembros de la Comunidad de Parán iniciaron un bloqueo de la carretera de acceso al campamento minero, obstaculizando los trabajos de la empresa minera y sus contratistas⁴¹. Dicho bloqueo se mantuvo hasta agosto de 2019, generando que las acciones de Lupaka Gold en Invicta se perdieran, debido a la ejecución de los préstamos que tenía dicha empresa, teniendo en cuenta que las acciones de esta estaban dadas en garantía⁴². Los bloqueos de acceso a la concesión minera incluso continuaron luego de agosto de 2019 y, si bien hubo intentos de apoyo por parte del Estado en la búsqueda de una solución al problema social, ello no fue suficiente. Incluso pobladores de la Comunidad de Parán comenzaron a explotar de manera ilegal el proyecto minero⁴³.

Toda esta situación llevó a que, en octubre de 2020, Lupaka Gold iniciara un arbitraje ante el CIADI contra Perú, alegando violación de sus derechos bajo el Capítulo de Inversión del TLC Canadá-Perú, incluyendo la violación del estándar de protección y seguridad plena. De acuerdo con Lupaka, los actos de la Comunidad de Parán y de sus miembros eran atribuibles al Estado peruano, según el derecho internacional⁴⁴.

Sobre la atribución de responsabilidad internacional del Estado peruano por los actos de la Comunidad Campesina de Parán, el tribunal arbitral, aplicando los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”) sobre responsabilidad de Estados por actos internacionalmente ilícitos,

concluyó que la Comunidad de Parán constituía un órgano del Estado del Perú en los términos del artículo 4 de la CDI, “de modo que la Demandada [podía], en las circunstancias apropiadas, incurrir en responsabilidad internacional por acciones de la Comunidad de Parán o de sus miembros”⁴⁵. De acuerdo con el tribunal arbitral, disposiciones de la Constitución Política del Perú, así como leyes y reglamentos del Perú, mostraban “una integración significativa de las Comunidades Campesinas en la estructura jurídica del Perú y asign[aban] importantes funciones estatales a dichas comunidades”⁴⁶.

Es en base a ello, el tribunal arbitral estableció que, al haber concluido que los actos de la Comunidad de Parán y de sus miembros, que afectaron la inversión de Lupaka, eran atribuibles al Estado peruano, dichos actos causaron un perjuicio significativo a la inversión, violando el estándar de protección y seguridad plena bajo el TLC Perú-Canadá⁴⁷.

Pero, además, el tribunal arbitral se puso en el supuesto que los actos de la Comunidad de Parán no fueran atribuibles al Estado peruano, sino, más bien, a actos de terceros, concluyendo que también se habría violado el estándar de protección y seguridad plena bajo el tratado⁴⁸. De acuerdo con el tribunal arbitral, las autoridades peruanas no habrían cumplido con la obligación de “diligencia debida” en concordancia con el nivel mínimo, según el derecho internacional consuetudinario, en cuanto que debieron responder frente a los actos de los pobladores de la Comunidad de Parán⁴⁹.

En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó que el Perú violó el estándar de protección y seguridad plena bajo el TLC Perú-Canadá, ordenando al Estado pagar a Lupaka el monto de US\$ 44.6 millones,

39 Véase, *Lupaka Gold Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/46, Laudo del 30 de junio de 2025.

40 *Ibid.*, ¶ 98.

41 *Ibid.*, ¶ 102.

42 *Ibid.*, ¶ 104.

43 *Ibid.*, ¶¶ 105-112.

44 *Ibid.*, ¶¶ 156-157.

45 *Ver Lupaka Gold Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/46, Laudo del 30 de junio de 2025, ¶ 239. Ver también “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Comisión de Derecho Internacional, 2022, art. 4 sobre Comportamiento de los órganos del Estado: (“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”).

46 *Ibid.*, ¶ 213. Ver también, ¶ 227: (“En opinión del Tribunal, este conjunto de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, así como de normas relacionadas, demuestra que las Comunidades Campesinas están sustancialmente integradas en la estructura jurídica del Estado y que desempeñan funciones importantes con un claro carácter de poder público. Si bien algunas de estas normas hacen referencia a la autonomía de las Comunidades Campesinas, también reflejan que esta autonomía se ejerce dentro de un territorio definido y de un marco jurídico detallado establecido por el Estado”).

47 *Ibid.*, ¶¶ 321-323.

48 *Ibid.*, ¶ 324.

49 *Ibid.*, ¶ 326: (“El Tribunal resuelve que las autoridades nacionales del Perú no cumplieron con la obligación de diligencia debida del Estado acorde con el nivel mínimo según el derecho internacional consuetudinario, a la hora de responder estos hechos. La respuesta del Estado consistió básicamente en instar a las partes a entablar un diálogo. Para ello, organizó una reunión que dio lugar a un acuerdo ambiguo que pronto fracasó – un fracaso que los funcionarios de la Demandada parecen considerar culpa de la Demandante. [...] Dada la naturaleza, la duración, la gravedad y las nefastas consecuencias económicas de estos hechos para la inversión, los llamamientos al diálogo por parte de la Demandada no se ajustaron a su obligación en virtud del TLC de otorgar PSP acorde con el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario”).

incluyendo los costos arbitrales del demandante, más intereses. Dicho monto también incluía la violación por el Perú del estándar de trato justo y equitativo, así como de una expropiación ilegítima del tratado.

Cabe tener en cuenta que el laudo de *Lupaka Gold Corp. c. República del Perú*, representa el primer arbitraje CIADI contra el Perú en donde un tribunal arbitral ha establecido que el Estado violó el estándar de protección y seguridad plena del tratado, por no actuar con la “debida diligencia” para contrarrestar protestas sociales por un proyecto minero.

Asimismo, según especialistas, esta sería la primera vez en un arbitraje de inversión que un tribunal arbitral habría imputado atribución de responsabilidad internacional a un Estado por actos de comunidades campesinas. Ello puede marcar un precedente importante para otras situaciones de protestas sociales en otros proyectos mineros de propiedad de inversión extranjera en el Perú, que se deberá analizar de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular.

5. Conclusiones

El estándar de protección y seguridad plena en el derecho internacional de las inversiones sigue siendo materia de evolución, tanto en su ámbito físico como legal, teniendo en cuenta la manera en que diversos tribunales arbitrales han venido analizando y decidiendo reclamos de inversionistas extranjeros por violaciones de dicho estándar incorporados en diversos tratados de protección a las inversiones.

Si bien, originalmente, este estándar se ha referido a la protección física de la inversión extranjera acorde con el derecho internacional consuetudinario, con el paso del tiempo, algunos tribunales (como es el caso de los arbitrajes CIADI de *Azurix* y *Siemens* contra la Argentina) establecieron que la palabra “plena” haría que este estándar incorporara, a su vez, una seguridad jurídica y no solo física, ya que no resulta lógico que se pudiera proteger físicamente activos intangibles, tales como derechos de propiedad intelectual o instrumentos financieros. Sin embargo, luego, otros tribunales han establecido que el ámbito de aplicación solamente puede ser el físico, ya que, por ello, existe el estándar de un trato justo y equitativo.

Al final va a depender de cómo está redactada la cláusula que contiene el estándar en particular, ya que en algunos tratados de protección a las inversiones se incorpora expresamente la seguridad jurídica a dicho estándar (en tratados más antiguos o de primera generación), mientras que en otros tratados más modernos o de segunda generación, se establece expresamente que este estándar solo

abarca la protección policial del Estado exigida por el derecho internacional consuetudinario.

En cuanto al ámbito físico del estándar de protección y seguridad plena, hay consenso en los tribunales arbitrales que lo que se exige a los Estados receptores de inversión es una “debida diligencia” teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de cada caso en particular. Sin embargo, no es aplicable una “responsabilidad objetiva”, teniendo en consideración, además, los recursos con que cuenta cada Estado.

Los recientes laudos arbitrales CIADI de *Energía y Renovación c. Guatemala* y de *Lupaka Gold c. Perú*, demuestran cómo los tribunales arbitrales están actualmente analizando reclamos por violaciones al estándar de protección y seguridad en el ámbito físico, teniendo en cuenta, además de una “debida diligencia”, cierto “deber de vigilancia” por el Estado receptor de la inversión.

Por otro lado, en el laudo arbitral CIADI de *Lupaka Gold c. Perú*, es la primera vez que un tribunal arbitral le ha atribuido responsabilidad internacional a un Estado a consecuencia de la conducta de una comunidad campesina por las afectaciones físicas a una inversión extranjera. Pero, además, es el primer arbitraje CIADI en donde se ha establecido que el Perú ha violado el estándar de protección y seguridad plena en el ámbito físico, por no actuar con la “debida diligencia” para proteger físicamente un proyecto minero frente a actos de terceros, que, en este caso, fueron los pobladores de la Comunidad de Parán.

Todo lo cual demuestra que el estándar de protección y seguridad plena sigue en constante evolución y que la situación de protestas sociales en proyectos mineros —tema que actualmente está presente en diversos proyectos mineros en el Perú— es algo a tener en consideración para efectos de potenciales futuras controversias de inversión, dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular y la “debida diligencia” del actuar del Estado frente a dichos sucesos.

Lista de referencias

CIADI. (1990, 27 de junio). *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Case No. ARB/87/3.

CIADI. (2000, 8 de diciembre). *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Case No. ARB/98/4.

CIADI. (2009, 30 de julio). *Pantechniki S.A. Contractors & engineers (Greece) c. República del Albania*, Case No. ARB/07/21.

CIADI. (2006, 14 de julio). *Azurix Corp. c. República Argentina*, Case No. ARB/01/12.

CIADI. (2007, 17 de enero). *Siemens A.G. c. República Argentina*, Case No. ARB/02/08.

CIADI. (2008, 24 de julio). *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República de Tanzania*, Case No. ARB/05/22.

CIADI. (2014, 22 de septiembre). *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Case No. ARB(AF)/09/01.

CIADI. (2006, 17 de marzo). *Saluka Investments BV. C. República Checa*, Case No. 2001-04.

CIADI. (2025, 31 de marzo). *Energía y Renovación Holding S.A. c. República de Guatemala*, Case No. ARB/21/56.

CIADI. (2025, 30 de junio). *Lupaka Gold Corp. c. República del Perú*, Case No. ARB/20/46.

Lupaka Gold. (2025, 2 de julio). *Arbitration Claim Update*.