

La Excepción de la Jurisdicción Nacional en el Artículo 136º de la Constitución y los Convenios de Garantía de Inversiones Extranjeras

César Ochoa Cardich.

Abogado. Profesor de la PUC.

El objetivo del presente trabajo es analizar la viabilidad jurídica dentro de nuestro ordenamiento constitucional de la suscripción de los convenios internacionales de garantía de inversiones tales como el OPIC (Overseas Private Investment Corporation), el ICSID (Internacional Center for the Settlement of Investment Disputes) y el MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) que establecen mecanismos de arbitraje internacional para la solución de controversias derivadas de inversiones extranjeras entre el Estado receptor de la inversión y el nacional de otro Estado.

I. ASPECTOS GENERALES ACERCA DE LA OPIC, EL ICSID Y EL MIGA

La OPIC es una entidad gubernamental descentralizada del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, creada en 1969, cuyas finalidades están orientadas a promover las inversiones norteamericanas hacia proyectos del sector privado en países en desarrollo y fundamentalmente prestar servicios de cobertura de riesgos no comerciales que afecten a inversionistas norteamericanos ante situaciones de expropiación, inconvertibilidad en dólares de sus ganancias y de conmoción civil. Los convenios OPIC son un instrumento de la estrategia oficial de los E.E.U.U. para la protección de sus inversionistas con el fin de garantizar el derecho de propiedad y de insertar a la expropiación dentro del marco del Derecho Internacional a fin de asegurar una indemnización pronta y efectiva.

Mediante dichos convenios se establece que el gobierno del país receptor toma conocimiento de la actividad de la OPIC como empresa aseguradora de riesgos políticos de inversión y se reconoce expresamente el derecho de la OPIC (o cualquier entidad sucesora de ésta, por ej.: un agente fiduciario nacional) de subrogarse en todos los derechos de sus clientes inversionistas, en relación a proyectos o actividades registradas ante el Gobierno del país recep-

tor, una vez que OPIC ha indemnizado al inversionista por la configuración del riesgo político como:

A. Expropiación.- Se protege al inversionista contra la confiscación -prohibida por nuestra Constitución en el art. 125º- o la nacionalización de una inversión sin justa indemnización. Este concepto incluye pérdidas derivadas de situaciones denominadas "expropiación progresiva" referidas a aquellas acciones cuyo efecto final es la de privar a los inversionistas de su derecho de propiedad.

B. Inconvertibilidad.- Se protege al inversionista contra la prohibición de convertir en dólares U.S.A. la moneda nacional del país receptor recibida como utilidades y destinada a remesarse al exterior. Incluye protección contra tasas de cambio diferenciales que discriminen contra el asegurado.

C. Guerra, Revolución y Contienda Civil.- Se protege al inversionista contra las pérdidas producidas en caso de guerra, sea declarada o no, o revolución. Asimismo, se asegura contra pérdidas derivadas de contiendas civiles o violentismo político, incluso el terrorismo y el sabotaje.

Una vez configurada la subrogación se aplica un procedimiento complejo para resolver controversias entre el Estado receptor de la inversión y la entidad aseguradora, en caso de una reclamación respecto de la interpretación del texto del convenio o que en opinión de cualquiera de los dos gobiernos entrañare una cuestión de Derecho Internacional Público que emanare de cualquier proyecto o actividad que estuviere bajo la cobertura del convenio se resolverá en primera instancia, mediante negociaciones directas entre ambos gobiernos. De no prosperar las conversaciones conciliatorias, la controversia se someterá por iniciativa de cualquiera de los dos gobiernos a un tribunal arbitral internacional previo agotamiento de las instancias internas del Estado demandado.

En relación al ICSID debemos precisar que se trata de un mecanismo de arbitraje internacional auspiciado por el Banco Mundial, correspondiendo a las siglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Este organismo extiende su jurisdicción a las diferencias que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante, siempre y cuando las partes hayan consentido por escrito someter la referida diferencia al Centro.

El ICSID, a diferencia de OPIC, no exige para someterse al arbitraje el principio del "previo agotamiento de las vías administrativas y judiciales" del país receptor de la inversión, pero sí permite, conforme a su art. 26º, pueda exigir el agotamiento previo ya sea de sus vías administrativas o de las judiciales como condición para su sometimiento al arbitraje.

Asimismo, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados establece que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido al arbitraje. Empero, en su art. 27º, abre la posibilidad de la protección diplomática como derecho susceptible de ser ejercido por el inversionista sólo cuando el Estado Contratante no acate el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

En tanto que el convenio OPIC en los diversos países que lo han suscrito declara que: "nada de lo dispuesto en el presente convenio limitará los derechos basados en el Derecho Internacional que pudiere alegar cada gobierno en el ejercicio de su capacidad de Estado soberano" reconociendo implícitamente el derecho de protección diplomática¹.

En relación al MIGA o Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones debemos precisar que propiamente es un Organismo Internacional afiliado al Banco Mundial, que entró en vigor en 1988, cuya finalidad es promover la inversión extranjera directa (IED) en los países en desarrollo que lo integran, mediante el otorgamiento de garantías contra los riesgos no comerciales a la IED proveniente de otros países miembros.

El objetivo del MIGA es propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países

miembros y en especial hacia los países miembros en desarrollo, complementando de esta manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y de la Corporación Financiera Internacional.

El MIGA garantiza inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de los siguientes riesgos:

-Transferencia de moneda: Es la introducción atribuible al gobierno del país receptor de cualquier restricción sobre la transferencia al exterior de su moneda en una moneda de libre uso u otra moneda aceptable para el tenedor de la garantía, incluida la falta de actuación del gobierno del país receptor, dentro de un plazo razonable, respecto de una solicitud de dicho tenedor para esa transferencia;

-Expropiación y medidas similares: Cualquier acción legislativa o cualquier acción u omisión administrativa atribuible al gobierno receptor que tenga el efecto de privar al tenedor de una garantía de la propiedad o el control de su inversión o de un beneficio sustancial derivado de la misma, con excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios;

-Incumplimiento de contrato: Cualquier rechazo o incumplimiento por el gobierno del país receptor de la inversión de un contrato con el tenedor de una garantía, cuando: a) el tenedor de una garantía no tiene un recurso ante un foro judicial o arbitral con objeto de resolver la reclamación de rechazo o incumplimiento; o b) dicho foro no dicta una decisión dentro de un lapso razonable a tenor de lo prescrito en los contratos de garantía de conformidad con los reglamentos del organismo; o c) no puede hacerse cumplir tal decisión; y

-Guerra y disturbios civiles: Cualquier acción militar o disturbio civil en cualquier país receptor de la inversión al que sea aplicable el Convenio.

Las diferencias entre un miembro o una dependencia del mismo y el Organismo, así como cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miembro del Organismo se resuelven conforme a un procedimiento que incluye las siguientes etapas: negociación entre las partes, sometimiento de la controversia a un conciliador y por último sometimiento a un tribunal arbitral constituido por el convenio. Debe anotarse que el MIGA no exige el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado, como sí lo prevee el convenio OPIC, en sus diversas versiones latinoamericanas².

1. Así aparece en los diversos convenios OPIC que hemos revisado. En el caso de Chile, por ejemplo, se es más explícito en cuanto a la finalidad al declararse que: "Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo limitará los derechos basados en el Derecho Internacional que pueda reclamar el Gobierno de los Estados Unidos en su condición de Estado soberano, diferenciados de los que pueda tener como Entidad Emisora" en el inciso a) del artículo sexto.
2. Por ejemplo, el convenio OPIC-Uruguay establece en el inciso a) del artículo cuarto que la sumisión al tribunal arbitral se "realizará conforme al principio del previo agotamiento de las vías administrativas y judiciales establecidas en el Uruguay".

II. LA CLAUSULA CALVO COMO REGLA GENERAL DEL ARTICULO 136º DE LA CONSTITUCION Y LA PRORROGA DE JURISDICCION COMO EXCEPCION

El artículo 136º de la Constitución peruana de 1979 declara, en su primera parte, que: "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática". De este modo, la norma consagra como regla general el sometimiento a la ley y jurisdicción nacional, siguiendo el antecedente previsto en el artículo 17º de la Constitución de 1933. Desde esos tiempos la tendencia jurídica predominante en el Perú ha sido la de prohibir la sustracción del nacional de otro Estado a la jurisdicción nacional y el recurso a la protección diplomática.

Siguiendo esta tendencia, en América Latina ha sido cuestionada la suscripción de convenios internacionales como OPIC, ICSID y MIGA por vulnerar la Doctrina Calvo puesto que suponen evadir el sometimiento a la jurisdicción nacional del país receptor de la inversión recurriendo a un arbitraje de carácter internacional. Así, se desarrolló en nuestros países la Doctrina conocida como la "Cláusula Calvo" por la cual se obligaba al inversionista extranjero a renunciar a la protección diplomática para toda reclamación derivada de sus relaciones contractuales así como a recibir el mismo tratamiento de los nacionales del Estado receptor de la inversión³.

Dentro de esta misma corriente doctrinaria se genera la aprobación de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que en su artículo 51º establecía que no se admitían cláusulas que sustraigan la resolución de las controversias de la jurisdicción y competencia nacional del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus inversionistas, consagrando así a la "Cláusula

Calvo" en todos sus alcances. Empero, la referida Decisión 24 fue sustituida por la Decisión 220 que en su artículo 34 declara que: "En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o la transferencia de tecnología extranjera, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas".

Frente a los defensores de la "Cláusula Calvo", los promotores de los convenios OPIC señalan que éstos, a diferencia del ICSID o MIGA, suponen respeto y sometimiento a la jurisdicción nacional de los países receptores de la IED porque el procedimiento arbitral está condicionado al agotamiento de las vías judiciales y el arbitraje sólo es viable si se produce la llamada "denegación de justicia" en los tribunales del país receptor⁴.

A este respecto, debemos precisar que se trata de una cuestión sumamente discutible y compleja que, en nuestro concepto, es fundamentalmente de Derecho Constitucional y no sólo de Derecho Internacional como pasaremos a demostrar.

Como cuestión previa cabe señalar que la Constitución peruana de 1979 permite el arbitraje como función jurisdiccional. Así, lo precisa en el artículo 233º de la Constitución que establece:

"Artículo 233º.- Son garantías de la Administración de justicia:

a) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede existir jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación..."

Asimismo, debe anotarse que la Constitución peruana de 1979 si bien reconoce a la "Cláusula Calvo" como regla general, incluye excepciones a la jurisdicción nacional en dos supuestos⁵:

a) Controversias derivadas de contratos de carácter financiero.

b) Controversias derivadas de contratos con extranjeros que pueden someterse a tribunales judicia-

3. Nótese que la protección diplomática la puede ejercer el Estado extranjero por propia iniciativa, aún cuando el particular haya renunciado a ella. Nos parece que si hay arbitraje para la solución de diferendos debe establecerse, como en el art. 27º ICSID, que no se concederá protección diplomática ni se promoverá reclamación internacional respecto de una diferencia sometida a arbitraje.
4. La fórmula de la "denegación de justicia" está incluida en algunos convenios OPIC, como lo señala DAÑINO, Roberto (La inversión norteamericana en el Perú: realidades y perspectivas, en: Relaciones del Perú con los E.E.U.U., CEPEI, Lima, 1987, pp. 262-63). En relación al concepto de "denegación de justicia" hay que precisar como sostiene BIDART, Germán (Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino T.II, Ediar, Buenos Aires, p. 335) que se produce cuando: a) el tribunal se niega a fallar; b) el tribunal demora irrazonablemente o indefinidamente su sentencia; c) el justiciable no encuentra tribunal competente para que le resuelva su pretensión; d) los tribunales no se hallan en condiciones de dictar sentencias "eficaces" que rindan utilidad.
5. Hay que subrayar que esta excepción al ámbito de la jurisdicción interna, prevista en el art. 136º, no incluye el sometimiento a leyes extranjeras como sí lo reconoce con carácter potestativo la segunda disposición complementaria del Dec. Leg. Nº 5 tratándose de contratos de carácter financiero.

les o arbitrales en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

En cuanto a la primera excepción debe anotarse que no está directamente relacionada con la problemática de la IED. Así, por ejemplo, los convenios de crédito que celebra el Estado peruano con agencias de gobiernos y organismos multilaterales por los cuales se somete a otras jurisdicciones y a fueros arbitrales y hasta a leyes extranjeras.

En ambas excepciones previstas en el segundo y tercer párrafo del artículo 136^º estamos ante lo que se conoce como prórroga de jurisdicción que consiste en sustituir la jurisdicción nacional por otra:

a) Ya sea de tribunales extranjeros tratándose de controversias derivadas de contratos de carácter financiero en procesos en los que es parte el Estado peruano.

b) Ya sea de tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú, tratándose de controversias derivadas de contratos con extranjeros en procesos en que es parte el Estado peruano o las personas de derecho público.

Sin embargo, aquellos convenios del tipo OPIC, celebrados en algunos países de América Latina, acogen la regla del agotamiento de las vías judiciales y administrativas del país demandado configurando una situación jurídica totalmente diferente porque abren la jurisdicción arbitral después de agotada la jurisdicción nacional del país receptor de la IED, generando afectación del principio de cosa juzgada interna establecido en el inciso 2 del artículo 233^º de la Constitución que declara como garantía de la administración de justicia: "La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni puede interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esta disposición no afecta el derecho de gracia."

Esta norma consagra al principio de la cosa juzgada como parte del derecho a un debido proceso, pilar fundamental del ejercicio válido de la jurisdicción; luego no puede admitirse la revisión del fallo porque hay pronunciamiento final sobre el fondo de la controversia.

Si bien el caso de garantía de inversiones que exija el requisito del agotamiento de los recursos internos del Estado demandado puede dar lugar a sostener que propiamente no hay apelación de la cosa juzgada interna en el orden internacional porque la instancia arbitral sólo se va a pronunciar sobre las implicancias internacionales de la controversia en el sentido de determinar si el Estado causante del daño,

inclusive su Poder Judicial, ha cumplido con la obligación de resarcir, y por tanto se limitaría a una interpretación y aplicación del convenio, consideramos que tal tesis no es lo suficientemente concluyente para negar que se afecta el principio de cosa juzgada interna.

En nuestro concepto sí se puede sostener válidamente otra tesis: Que se afecta la cosa juzgada interna, porque en el fondo la pretensión es la misma aunque los órdenes jurídicos sean distintos configurándose identidad de materia en la controversia. Aunque el nivel de decisión es diferente puede generarse en la práctica una situación muy delicada si se dicta una sentencia final en la jurisdicción nacional más favorable al Estado receptor y posteriormente el tribunal arbitral resolviera en sentido más favorable a la entidad emisora de la cobertura, obligándose a la jurisdicción nacional a cumplir con el laudo arbitral. Siendo la ejecución del fallo uno de los atributos de la jurisdicción se obligaría en sede interna a restaurar el derecho que el tribunal arbitral reputó vulnerado por el Estado receptor y se ordenaría eventualmente a indemnizar a la entidad aseguradora en ejecución del laudo.

De admitirse el requisito del previo agotamiento de la vía judicial nacional, aunque el procedimiento en sede internacional es autónomo, en el fondo se volvería a juzgar lo mismo que ya se juzgó ante tribunales nacionales del país receptor de la IED, lo que implica, por lo menos "afectar" sino vulnerar el principio de cosa juzgada. Ante esta situación nuestro ordenamiento interno obliga a aplicar el art. 103^º de la Constitución que declara: "Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República."

En nuestro concepto resulta evidente que el IC-SID y el MIGA estarían enmarcados dentro de los alcances del artículo 136^º. El convenio OPIC, tal como ha sido suscrito en otros países, implica la constitución y el sometimiento a una jurisdicción supranacional agotada la vía judicial interna, lo que es ajeno al sentido de la referida norma constitucional.

Debo subrayar que bajo ningún concepto la vulneración, o por lo menos la afectación, del principio constitucional de la cosa juzgada puede evadirse acudiendo al artículo 305^º de la Constitución que establece: "Agotada la jurisdicción interna quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales y organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú".

Hay que precisar que el artículo 305^º está ubicado dentro del Título V de la Constitución ("Garantías

Constitucionales") debiendo ser interpretado técnicamente para determinar que sus alcances están referidos a la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, siendo obvio en estos casos el requisito del agotamiento de la vía judicial interna. Más aún, si existieran dudas tenemos el artículo 39º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo que declara: "Para los efectos de lo establecido en el artículo 305º de la Constitución, los organismos jurisdiccionales internacionales a que puede recurrir quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105º de la Constitución."

De este modo, la norma del art. 305º tiene relación en su lógica jurídico-política con el artículo 105º de la Constitución que dispone: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución."

En consecuencia, los tratados a los que alude el artículo 305º de la Constitución son tratados relativos a derechos humanos que por su contenido tienen jerarquía constitucional y por tanto, por excepción se admite que enerven el principio de la cosa juzgada interna que supone el sometimiento a una jurisdicción supranacional.

III. ORGANISMO CONSTITUCIONALMENTE HABILITADO PARA SUSCRIBIR CONVENIOS QUE CONSTITUYEN TRIBUNALES ARBITRALES O JUDICIALES PARA EL SOMETIMIENTO DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS CON EXTRANJEROS EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE

Debemos tener en cuenta como antecedente la controversia suscitada a raíz de la suscripción del protocolo al convenio entre el Gobierno peruano y el Gobierno de la U.R.S.S. para la colaboración en un proyecto de desarrollo pesquero en 1988 que fue aprobado sin intervención del Congreso. La discusión jurídica se suscitó porque la Constitución de 1979 no ha enunciado cuáles son aquellos convenios internacionales que el Presidente de la República puede celebrar y ratificar sin previa aprobación por el Congreso a los que se refiere el art. 104º de la Constitu-

ción. Esta cuestión requiere ser interpretada para determinar qué órgano está constitucionalmente habilitado para aprobar convenios de garantía de inversiones que constituyan Tribunales Arbitrales para el sometimiento de controversias derivadas de contratos con extranjeros en los que el Estado es parte.

Como sostiene García Sayán⁶ el criterio no se infiere de la nomenclatura referida a "tratados" o "convenios" para diferenciarlos, puesto que ambos términos de acuerdo a la Convención de Viena se aplican a acuerdos internacionales entre Estados y sujetos de Derecho Internacional Público. Ni tampoco la clave está en el impreciso concepto de materias de "exclusiva competencia" del Presidente de la República. En consecuencia va a requerirse de un esfuerzo interpretativo más riguroso cuando se actúe como operador de la norma constitucional con el fin práctico de aplicarla a un caso concreto como éste.

Si aplicamos el método de interpretación histórica hay que retrotraernos a la voluntad histórica del autor de la norma para descifrar lo que quiso el autor. Así, Aramburú Menchaca⁷ que fue el ponente de la norma en la Asamblea Constituyente, decía que los "executive agreements" o convenios ejecutivos de tramitación simplificada se refieren a asuntos administrativos como: "carreteras, telégrafos, o comunicaciones de cualquier género, es decir, que no sean de materia legislativa".

Asimismo, en la doctrina nacional⁸ los convenios de exclusiva competencia del Presidente de la República son meramente administrativos o reglamentarios y no suponen modificación o derogación de nuestro derecho interno ni exigencia de medidas legislativas para su ejecución.

De otro lado, si aplicamos el método de interpretación sistemática debemos considerar a la Constitución como una unidad, coordinando una norma con otra a fin de mantener congruencia y compatibilidad entre éstas. Así, hay que considerar que la atribución presidencial para suscribir los "executive agreements" debe guardar armonía con la norma del inciso 11 del artículo 211º de la Constitución: en materia legislativa es de exclusiva competencia del Presidente de la República reglamentar las leyes sin traspasarlas ni desnaturalizarlas.

En consecuencia, no estimamos que se pueda sostener jurídicamente con rigurosidad que un acuerdo internacional que sustituye la jurisdicción de los

6. GARCIA SAYAN, Diego. Constitución peruana y política exterior, en: La Constitución diez años después. Edición Fundación Neumann, Lima, 1989, p. 207.

7. Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, T.V., Publicación oficial, p. 365.

8. DE LA LAMA, Miguel, La Constitución política de 1979 y los tratados, en: La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación, Cultura Cuzco, 1987, p. 484.

tribunales peruanos por un arbitraje de carácter internacional sea considerado como de naturaleza meramente administrativa o reglamentaria o que no modifique nuestro derecho interno, como tampoco puede calificarse como "executive agreement" a un acuerdo internacional que constituya una jurisdicción supranacional agotada la vía judicial interna.

Si bien estimamos que convenios como el ICSID estaban en la voluntad histórica del constituyente del 79 cuando se aprobó el art. 136º, debe subrayarse que tales acuerdos internacionales configuran excepciones a la regla general que reconoce como norma a la "Clausula Calvo", siendo por tanto materia de interpretación restrictiva y no extensiva. De manera tal que al constituir tribunales arbitrales de carácter internacional que sustituyen a la jurisdicción interna, por su contenido, al afectar uno de los atributos fundamentales de la soberanía del Estado, son tratados internacionales que requieren de la previa aprobación por el Congreso para su posterior ratificación por el Presidente de la República por exceder manifiestamente del ámbito de la "exclusiva competencia" del Presidente de la República.

De otro lado, si un convenio de garantía de inversiones, pretendiendo en apariencia sujetarse a la "Clausula Calvo" establece una jurisdicción supranacional previo agotamiento de los recursos internos ante los tribunales nacionales, entonces es de aplicación el art. 103º de la Constitución debiendo aprobarse el tratado con el mismo procedimiento que rige la reforma constitucional puesto que se afecta una disposición de la Constitución: el principio de cosa juzgada.

ANOTACIONES FINALES

Resumiendo lo dicho es necesario formular las siguientes notas finales:

Primero: Los convenios de garantía de inversiones que constituyen tribunales arbitrales de carácter

internacional para el sometimiento de controversias derivadas de contratos con extranjeros en las que el Estado es parte, si bien se alejan de la "Clausula Calvo" están enmarcados dentro de las excepciones a la jurisdicción interna contempladas en el art. 136º de la Constitución siendo, por tanto, jurídicamente viables.

Segundo: Los convenios de garantía de inversiones que aparentando regirse por la "Clausula Calvo" incluyen la regla del previo agotamiento de los recursos administrativos y judiciales internos del país receptor de la IED como instancia previa para el sometimiento a un tribunal arbitral de carácter internacional, no están enmarcados dentro de los alcances del art. 136º de la Constitución y "afectan" disposiciones constitucionales relativas a la cosa juzgada interna establecidas en el inciso 2 del artículo 233º de la Constitución.

Tercero: Ambos tipos de convenios, por su contenido, son tratados internacionales que requieren para su suscripción de procedimiento parlamentario por no ser su materia de "exclusiva competencia" del Presidente de la República.

Cuarto: Estos convenios de garantía de inversiones deben enmarcarse dentro de una estrategia nacional en materia de inversión extranjera para asegurar estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional y la contribución al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración, en aplicación del artículo 137º de la Constitución Política del Perú.

Quinto: Como parte de esta estrategia puede considerarse como contrapartida a la suscripción de estos convenios la aprobación de instrumentos multilaterales como los códigos de conducta supranacionales sobre empresas transnacionales y transferencia de tecnología. La contrapartida podría ser un acuerdo internacional que constituya un tribunal arbitral para la solución de controversias entre Estados receptores de la IED y nacionales de otros Estados (Empresas Transnacionales) cuya jurisdicción se extendería a diferencias derivadas de infracciones a los códigos de conducta.