

# **La Constitucionalización de los Tratados Bilaterales de Inversión y el problema de su jerarquía**

## **The Constitutionalisation of Bilateral Investment Treaties and the problem of their hierarchy**

**Ena Carnero Arroyo<sup>1</sup>; Juan Chunga Bernal<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Facultad de Derecho-UNT; enacarnero@hotmail.com

<sup>2</sup>Escuela de postgrado de la UNT; juanchunga@hotmail.com

Recibido:13-10-2015

Aceptado: 05-11-2015

### **RESUMEN**

En la presente investigación se analizaron las cláusulas de solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos por el Perú con el fin de determinar si contribuyen a que ostenten una jerarquía superior a los demás tratados ratificados por el país. Estas cláusulas permiten al inversionista extranjero demandar al Estado peruano, receptor de la inversión, en caso de cualquier disputa respecto a la aplicación de dichos tratados. Nuestra hipótesis fue que estos tratados adquirirían jerarquía supraconstitucional al aceptar el Estado peruano, mediante las cláusulas de solución de controversias, someterse directamente al arbitraje internacional y aceptar la aplicación directa de los laudos arbitrales. Se utilizó el método deductivo para el estudio de la incorporación de los TBI en nuestro ordenamiento jurídico y para determinar si son autoejecutables. Se aplicó el análisis y la síntesis para el estudio de las cláusulas de solución de controversias de los 32 TBI suscritos por el Perú y en vigor. Los resultados permitieron comprobar que los TBI forman parte de las fuentes internacionales que reconoce nuestra Constitución en su art 55; que se integran a nuestro ordenamiento constitucional de forma automática y que constitucionalmente tienen jerarquía de ley al igual que los demás tratados, salvo el caso de los tratados de derechos humanos que vía aplicación de la cláusula interpretativa de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (CDFT) tienen rango constitucional. También se comprobó que los TBI son considerados tratados ejecutivos, ya que se celebran por el Ejecutivo sin el requisito de la aprobación previa del Congreso (Art. 57 de la Const.). En consecuencia no están sujetos al control político del legislativo. Comprobamos finalmente que todas las cláusulas de solución de controversias de los 32 TBI facultan al inversionista extranjero el acceso directo, ante una disputa con el Estado peruano, receptor de la inversión, o bien al Centro de Arreglo de Controversias en materia de Inversiones (CIADI), bajo el convenio CIADI, o bien al arbitraje ad hoc de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La tendencia de estos laudos es la aplicación de la supremacía del derecho internacional y su ejecución obligatoria y directa en el ordenamiento interno; cuestión que le atribuye a estos tratados prevalencia sobre la Constitución, ostentando en la práctica jerarquía supraconstitucional.

**Palabras clave:** Constitución, Tratados Bilaterales de Inversión, jerarquía.

### **ABSTRACT**

In researching the hierarchy acquired by bilateral investment treaties (BIT) signed by Peru it took place, and in effect, to apply its dispute resolution clauses in the event of disputes arising between the Peruvian State, receiving the investment foreign, and the investor. BIT signed by Peru have the same structure as all BIT; ie scope; treatment standards; standards of protection and dispute settlement. To get to establish the hierarchy who hold these treaties on our domestic law start from the study of the Constitution as bounding sources and then analyze the relationship between international law constituted by the treaties concluded by Peru and in force, and our constitutional law. Finally we study the general characteristics of BIT and analyze the dispute settlement provisions of the 32 BIT ratified by Peru. The results allow us to confirm, first, that our Constitution integrates domestic and international sources and that treaties become a source of our rights because the Constitution so provides in art. 55 .; secondly, the application of this Article and the

procedure laid down in Article 57, paragraph 1 of the Constitution for treaties executives, enables automatic integration of treaties into domestic law, approaching the monistic theory; however treaties constitutionally hold the force of law. The only treaties that have constitutional status recognized via application of the Fourth Final and Transitory Provision (CDFT) are the human rights treaties. BIT do not have this recognition; however their dispute resolution clauses providing for the submission of the receiving State investment to international arbitration. The trend of these awards is the application of the supremacy of international law and its obligatory and direct implementation into domestic law; question that gives prevalence to these agreements over the Constitution.

**Keywords:** Constitution, Bilateral Investment Treaties, hierarchy.

## I. INTRODUCCIÓN

El Perú, a partir de los años 90 y con el ánimo de atraer mayores flujos de inversión para el crecimiento de la economía empezó a ejecutar una política de liberalización del comercio y de atracción a las inversiones extranjeras. Con este fin implementa un fuerte marco regulatorio nacional e internacional de promoción y protección de las inversiones extranjeras. Así, la Constitución de 1993 garantiza mediante contratos ley los contratos (Art. 62); reconoce la igualdad entre la inversión nacional y la extranjera y, además, faculta al Estado y a las demás personas de derecho público a resolver las controversias derivadas de una obligación contractual al arbitraje nacional o internacional (Art.63). Asimismo empieza a suscribir acuerdos de promoción recíproca de inversiones (APRIs) o llamados tratados bilaterales de inversión (TBI). Prieto (2012) señala que estos tratados guardan generalmente una estructura similar y casi uniformemente contienen dos características principales: a) confieren a los inversionistas “derechos sustantivos específicos” a través de estándares de trato que en gran parte son de Trato Nacional; Nación Más Favorecida; Trato Justo y Equitativo y Seguridad Plena, aunque lo hacen usando diferentes redacciones; y b) confieren a los inversionistas medios procesales directos para poder ejercer estos derechos sustantivos, concretamente procedimientos de arbitraje. Actualmente una importante fuente indirecta del Derecho internacional de las inversiones está constituida por los laudos arbitrales internacionales que resuelven conflictos entre inversionistas y estados receptores de inversión (Carbajal, 2007). Es innegable que la gran producción de tratados y de creación de órganos de solución de controversias ha generado la internacionalización del Derecho Constitucional. Por esta razón las constituciones actuales, entre ellas la peruana de 1993 integra a los tratados como fuente del derecho constitucional. La Constitución no solo es norma suprema sino que determina las fuentes de un ordenamiento jurídico. Es la primera y más trascendente fuente del derecho, la única que procede directamente del poder constituyente (Prieto, 2013).

La incorporación de los tratados implica problemas de jerarquía y aplicación. Nuestro estudio se centra en el análisis de las cláusulas de solución de controversias, inversor-Estado, previstas en los TBI suscritos por el Perú, para determinar si su aplicación le otorga, en la práctica, jerarquía supraconstitucional. Con este fin hemos dividido el trabajo en tres partes. En la primera abordamos el estudio de la Constitución como delimitadora de fuentes a fin de ubicar a los TBI dentro de las fuentes internacionales que integra la carta Magna. La segunda parte analiza la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional peruano desde un enfoque monista y en la tercera parte caracterizamos los TBI y analizamos las cláusulas de solución de controversias de los 32 TBI suscritos por el Perú para determinar si su aplicación les otorga rango supraconstitucional. También abordamos el procedimiento de incorporación y aplicación de los tratados ejecutivos, aquellos que según el art. 57 de la Constitución se celebran por el Presidente de la República sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, ya que los TBI son considerados como tratados ejecutivos; es decir que la materia de estos tratados son de competencia directa del presidente de la República. Se logró determinar que el acceso directo del inversionista a la jurisdicción arbitral internacional es la tendencia que prevalece en estos tratados y que a pesar de que formalmente tienen rango legal como todos los tratados (Art. 200, inc.4 de la Const.), en la práctica la aplicación directa de los laudos arbitrales internacionales al ordenamiento interno le otorgan jerarquía supraconstitucional.

## II. MATERIAL Y MÉTODOS

### 2.1. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio es el análisis de la jerarquía que ostentan los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Perú, al aplicarse sus cláusulas de solución de controversias de sometimiento del Estado peruano al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de inversiones o al arbitraje ad hoc de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

### 2.2. MUESTRA

La muestra estuvo constituida por la Teoría Monista sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno; y los 32 Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú y puestos en vigor de 1994 al 2010.

### 2.3. MÉTODOS Y TÉCNICAS

Se utilizó el método inductivo – deductivo, así como el análisis y síntesis para caracterizar a nuestra Constitución como fuente. Se estudió la doctrina actual sobre la naturaleza de la Constitución utilizando fuentes bibliográficas de profesores españoles relativas a derecho constitucional y luego se identificaron las fuentes nacionales e internacionales que reconoce la Constitución peruana de 1993. Al mismo tiempo analizamos sentencias del Tribunal Constitucional Peruano relativas a las fuentes del derecho constitucional. Se utilizó el método deductivo para el estudio de la incorporación de los TBI en nuestro ordenamiento jurídico y para determinar si son autoejecutables. Se aplicó el análisis y la síntesis para el estudio de las cláusulas de solución de controversias de los 33 TBI suscritos por el Perú y en vigor.

## III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

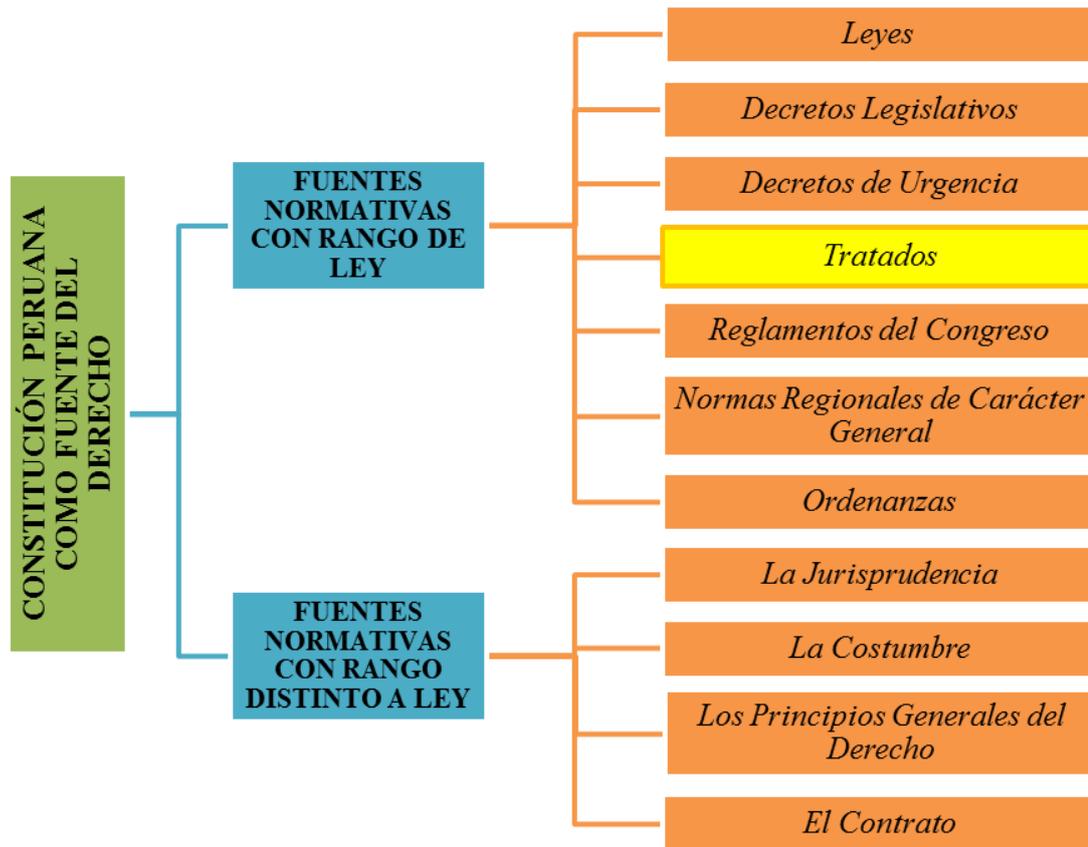
- 3.1.** La Constitución como delimitadora de fuentes del ordenamiento constitucional integra normas nacionales y normas internacionales. Cuando nuestra Constitución prescribe en su art. 55 que los tratados celebrados por el Perú y en vigor son parte del derecho interno está reconociéndolos como fuente de nuestro ordenamiento. De esta manera ya no se considera a la fuente puramente como el origen de la norma. La definición más extendida de fuentes es la que las considera como aquellos actos o hechos a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye la idoneidad (costumbre) o la capacidad (actos) de producir normas jurídicas. En definitiva hablar de fuentes es enfocarse en el análisis de los modos de producción del Derecho, las relaciones que se originan entre ellas y su articulación conjunta en un sistema tendencialmente coherente y unitario.

### **Discusión:**

La constitución no solo es norma suprema sino que determina las fuentes de un ordenamiento jurídico. Es la primera y más trascendente fuente del derecho, la única que procede directamente del poder constituyente (Prieto, 2013). En este sentido es la principal decisión política de un pueblo.

Como norma superior constituye el fundamento de la validez de las demás normas del ordenamiento. Incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por éstos (STC N.º 047-2004-AI/TC del 24/04/06. Fundamento 2.1.1.3.). Así es como la constitución deviene en la fuente de fuentes.

Por constitución entonces hay que entender, ante todo, las normas que regulan la producción de otras normas; es decir las normas sobre la producción jurídica (NSP); sin embargo debemos tener presente que junto a estas existen otro tipo de normas llamadas normas de contenido cuya función es la de servir de límite o condicionamiento a la producción jurídica (Balaguer, 2010).



**Figura 1.** Las fuentes Nacionales e Internacionales en la Constitución peruana de 1993.

Las NSP están determinadas en la Constitución peruana de 1993 a través de distintos tipos normativos. Se distingue entre normas con rango de ley y las de rango reglamentario. Entre las primeras están: la ley, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas (Art. 200, inc. 4) y entre las segundas se encuentran los reglamentos, decretos y resoluciones que expide el Presidente de la República (Art. 118, inc. 8) con la intervención de sus Ministros (Art. 120 de la Const.) con el fin de reglamentar las leyes. La jurisprudencia del poder judicial y la del Tribunal Constitucional también es fuente del derecho tal como se desprende de la interpretación de los arts. 138 y 201 (STC N. ° 047-2004-AI/TC del 24/04/06. Fundamento 32 y 33). La costumbre y los principios generales del derecho se reconocen como fuentes según el art. 139, inc. 8. Otra fuente cuyos fundamentos constitucionales se ubican en los arts. 2, inc. 14 y 62, es el contrato.

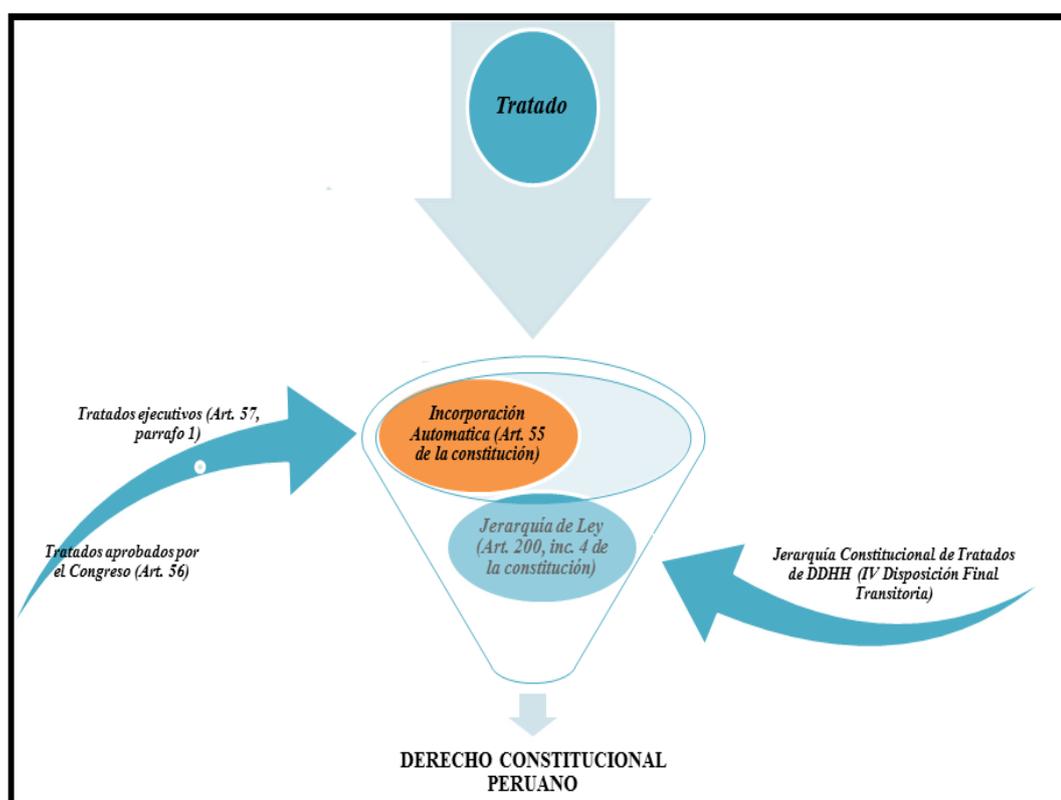
Cando nuestra Constitución prescribe en su art. 55 que los tratados celebrados por el Perú y en vigor son parte del derecho interno está reconociéndolos como fuente de nuestro ordenamiento.

En relación al tratado como fuente se distingue de las formas normativas descritas. Los órganos de producción y los destinatarios son los mismos sujetos del derecho internacional (Estados, organizaciones internacionales y otros reconocidos con facultades normativas) y el procedimiento de producción de tales normas está regulado por la costumbre internacional o por la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados en el caso de los tratados celebrados entre Estados. Devienen en fuente de nuestro derecho porque la Constitución así lo dispone en su art. 55.

- 3.2.** La relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional peruano se sustenta en la teoría monista al establecer nuestra Constitución la aplicabilidad inmediata de los tratados una vez que hayan entrado en vigor. El monismo al postular la unidad de los dos ordenamientos

(Internacional e interno) y considerar a la norma internacional como fundamento de todo el Derecho trae consigo la recepción automática de dicha norma y su prevalencia sobre el derecho interno en caso de conflicto (Pastor, 1996). Aunque la Constitución peruana no resuelve el problema de contradicción entre tratado y ley, la jurisprudencia internacional y las sentencias del TC han reconocido la primacía del derecho internacional (Novak, 2013).

En la práctica existe consenso en reconocer la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, preeminencia que se deriva del hecho de que el Estado queda obligado por el derecho internacional, sea este consuetudinario o contractual (Álvarez, 2001). Sin embargo creemos que el problema de la relación entre ambos ordenamientos actualmente no solo debe mirarse desde la óptica de incorporación de las normas internacionales sino también de las relaciones entre reglas internacionales que pueden entrar en tensión entre sí, de modo que si los Estados aceptan limitar sus poderes y sus actos en reconocimiento y respeto de ciertos derechos humanos-incluidos los de contenido socio-económico- no pueden justificar su incumplimiento aduciendo un deber de cumplir con otra obligación internacional (Pérez, 2011).



**Fig. 2.** La relación entre los Tratados y el Derecho Constitucional Peruano.

**Discusión:**

El debate respecto a que si el derecho internacional y el derecho interno son partes de un mismo ordenamiento (Monismo) o son dos órdenes opuestos (dualismo) ha cedido ante los cambios en la sociedad internacional marcados por la globalización económica y la lucha por el dominio de los mercados que exige una coordinación basada en la Constitución. El Derecho internacional ya no tiene como único poder normativo a los Estados. Las organizaciones internacionales han crecido en número y en producción normativa; los particulares gozan de protección internacional de sus derechos humanos y de *jus standi* ante organismos internacionales al igual que las empresas. En suma se ha diversificado la producción normativa internacional configurando la existencia de regímenes autónomos con sus propias normas y sus órganos propios de solución de controversias. La práctica internacional demuestra que el derecho internacional ha logrado penetrar en el derecho interno, lo que ha dado lugar a que

algunas constituciones reconozcan la supremacía del derecho internacional, particularmente en materia de derechos humanos o en el derecho de integración. Esta interacción se manifiesta en la internacionalización del derecho constitucional cuyas fuentes son mixtas; es decir nacionales y también internacionales. En estas circunstancias es innegable la interacción entre ambos ordenamientos.

Siguiendo esta tendencia nuestra Constitución integra de manera automática los tratados celebrados por el Perú y en vigor (Art. 55); bien sean tratados aprobados por el Congreso (Art. 56) o tratados ejecutivos (Art. 57, párr. 1) e inclusive los tratados que por afectar disposiciones constitucionales deban ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución (Art. 57, párr.2). En consecuencia opta por un sistema de aplicabilidad inmediata que lo acerca a una comprensión monista de las relaciones entre ambos ordenamientos (Novak & Salmón, *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. 2.a ed., 2002). Sin embargo otorga a los tratados rango de ley (Art. 200, inc. 4) y además omite resolver el conflicto entre tratado y ley – a favor del primero- como lo hacía la Constitución de 1979.

No debemos dejar de tener en cuenta que el otorgarle al tratado igual rango que la ley trae como consecuencia que en caso de conflicto entre ambos se aplica el mismo criterio que para resolver los conflictos entre leyes: *lex posterior derogat legi priori*. De suceder la derogación de un tratado por una ley, el Estado obligado asumiría responsabilidad internacional. En nuestra práctica constitucional el Tribunal Constitucional ha reconocido que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.; es decir que ocupan un lugar especial dentro de la escala jerárquica de las leyes. Así, el TC aplicando la cláusula de interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre la materia celebrados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución) establece que los tratados de DD. HH. Son fuente del derecho peruano por mandato constitucional y constituyen parámetro de constitucionalidad en la materia (STC No 00047-2004-AI, fundamentos 21 y 22). Asimismo al reconocer la jerarquía constitucional de estos tratados sostiene que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte, sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). (STC No 04587-2004-AA/TC, fundamento 44 y 45).

En consecuencia la Constitución integra a los tratados a nuestro ordenamiento jurídico de forma automática, les otorga jerarquía de ley; sin embargo vía interpretación constitucional a los tratados de derechos humanos se les reconoce rango constitucional, integrando al derecho interno mediante la aplicación directa las normas internacionales de la materia y, además, la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección.

Pero hasta aquí hemos analizado los problemas de incorporación, de jerarquía y de obligatoriedad de una clase de tratados. El Perú también es parte de diversos tratados de comercio, de integración económica y de inversión, entre otros. Cada clase de tratado integra un régimen internacional o subsistema normativo diferenciado que puede llegar a entrar en tensión entre sí y con el Derecho Internacional General. De acuerdo con la opinión del profesor Casanovas y La Rosa (2011) señala que un régimen internacional se caracteriza por constituir un conjunto de normas que protegen intereses generales o recursos globales de la comunidad internacional. La diversidad de regímenes ocasiona tensiones entre ellos. Una muy discutida es la que se produce entre la normatividad internacional en materia de derechos humanos y de inversiones. No existiendo jerarquía en el derecho internacional se torna complejo resolver este conflicto. En atención a esto cuando un Estado incorpora un tratado a su derecho interno debe tener en cuenta que incorpora también las tensiones entre las reglas internacionales (Pérez, 2011).

- 3.3.** Con el ánimo de promover las inversiones el Perú ha suscrito tratados bilaterales de inversión (TBIs) y tratados de libre comercio (TLCs). Estos son dos tipos de acuerdos internacionales de inversiones (AIIs) que contienen reglas del Derecho internacional de las Inversiones (DII) y

reglas arbitrales sobre inversiones como mecanismos de solución de controversias entre particulares y también entre particulares y los Estados. El Perú ha suscrito 32 TBIs con los siguientes países: Argentina; Australia; Bolivia; República de Chile; República Popular China; República de Colombia; República de Cuba; República Checa; Reino de Dinamarca; República de Ecuador; República de El Salvador; Finlandia; Francia, Italia, entre otros (Figura 3). También ha suscrito el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006), aprobado por Res. Leg. No 26210, publicado el 10/07/1993 y en vigor desde el 08/09/1993).

Los TBI suscritos por el Perú tienen la misma estructura que todo TBI; es decir Ámbito de aplicación; estándares de tratamiento; estándares de protección y solución de controversias. El ámbito de aplicación está constituido por la competencia *rationae materiae* (definición de inversión), *rationae personae* (que personas- físicas o jurídicas- pueden invocar los derechos sustanciales y procesales que se consagran) y *rationae temporis* (vigencia del tratado circunstancias temporales de la disputa). Estos tratados, por un lado, una fuerte protección a la inversión a través de los estándares de tratamiento, que pueden ser absolutos (Protección y Seguridad plenas, el Trato justo y Equitativo y el estándar mínimo Internacional) o relativos (Trato Nacional (TN) y el Trato de la Nación más favorecida (NMF) y de otro lado confieren a los inversionistas el derecho a recurrir directamente al arbitraje internacional en caso de controversias. Una característica del derecho internacional consuetudinario en relación a la reclamación que podía hacer un extranjero contra un Estado que violaba sus derechos reconocido por su ordenamiento era la protección diplomática, que implicaba la intervención del Estado de la nacionalidad del afectado y el agotamiento de los recursos internos. Los TBI han logrado cambiar esta situación a favor del acceso directo del extranjero que se considera lesionado en sus derechos, a la jurisdicción arbitral internacional, contra el Estado receptor de la inversión. Los mecanismos de solución de controversias comprenden dos ámbitos: la solución de disputas entre Estados signatarios del TBI con motivo de la aplicación e interpretación del mismo y aquella que surgiera entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Para el objeto de este trabajo nos interesa el análisis de este último ámbito. En el caso de los TBI suscritos por el Perú no tienen un tratamiento uniforme. Al respecto Carbajal, (Carbajal, 2007) distingue tres formas de acceso jurisdiccional para solucionar dichas controversias, señalando que algunos TBI establecen el arbitraje internacional como mecanismo disponible, previa tentativa obligatoria de solución de la controversia ante las cortes judiciales locales durante un período de tiempo determinado. Otros incorporan acceso directo al arbitraje internacional en la medida en que la controversia no haya sido sometida por el particular a los tribunales judiciales o administrativos locales y finalmente existen aquellos que establecen vías paralelas, es decir, corte Judicial local o arbitraje internacional, teniendo el inversionista el derecho de elección. Como ejemplo de la primera forma tenemos el TBI Perú-Alemania, el cual en su art. 10 prescribe:

“(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: (a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes. (b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

De manera similar prevé este mecanismo el TBI Perú- República de Corea (Art. 8); TBI Perú- Reino de España (Art. 9); TBI Perú- Republica de Paraguay (Art. 8); TBI Perú- Rumania (Art. 8); TBI Perú- Portugal (Art. 7).

En cuanto al acceso directo (segunda forma de acceso) tenemos el TBI Perú- Finlandia que prescribe en su art. 9 que:” (2) Si tal controversia no ha sido dirimida amigablemente dentro de un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que se solicitó una solución amistosa, a solicitud de cualquiera de las partes en controversia será sometida para arreglo por conciliación o arbitraje al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); también incluimos el TBI Perú –Colombia (Art. 20, inc. 6) que faculta el acceso de una de las partes en la controversia o bien al CIADI, bajo el convenio CIADI o al

Mecanismo Complementario del CIADI o al arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI); el TBI Perú- Reino de Dinamarca (Art. 9); EL TBI Perú-Malasia (Art. 7).; TBI Perú- Reino de Países Bajos; TBI Perú- Reino de Tailandia (Art. 10); TBI Perú- Reino de Suecia (Art. 8); TBI Perú- Reino de Noruega (Art. 9); TBI Perú- Reino Unido de Gran Bretaña (Art. 10).

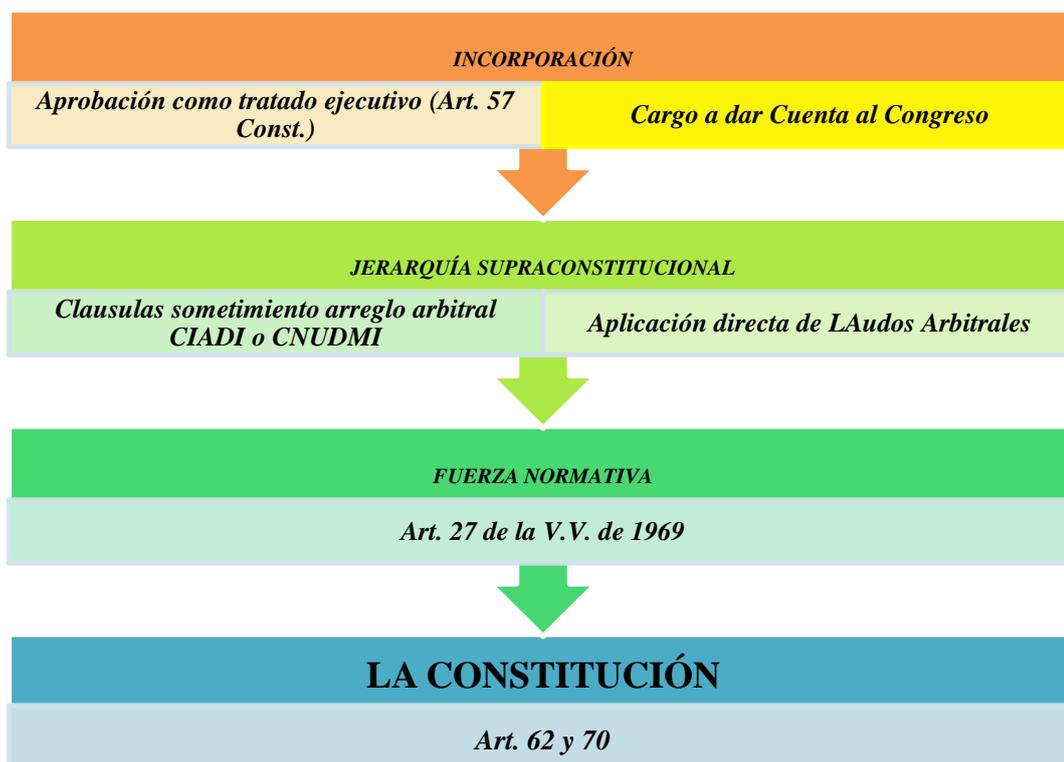
La tercera forma está contenida en el TBI Perú- Argentina, en su art. 10 prevé: “ 2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor: - A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o, - Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3). Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.” Aquí también incluimos el TBI Perú-Bolivia (Art. 11); TBI Perú -Canadá (Art.26, inc. 1 y 2); TBI Perú – Republica de Italia (Art. 9); TBI Perú- Japón (Art. 18). También encontramos TBI que contemplan una forma de acceso parecida a la segunda y que involucran además el acceso directo; sin embargo si una de las partes elige una de ellas, dicha elección será definitiva. Es el caso del TBI Perú-China el cual tiene una forma muy particular de acceso, pues en primer lugar permite el acceso a la jurisdicción local del Estado receptor de la inversión si no se resuelve la controversia mediante negociaciones en el plazo de 6 meses (Art. 8, inc.2) y luego si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro del plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Además faculta a que cualquier controversia relativa a otros asuntos pueda ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan (Art. 8, inc. 3). En resumen sea la forma en que las partes accedan a la solución de controversias en materia de inversiones, estos TBI prevén siempre el acceso o bien al CIADI, bajo el convenio CIADI o el Convenio complementario o al CNUDMI.

Ahora bien nos resta analizar cómo se integran los TBI a nuestro ordenamiento constitucional y el lugar que ocupan. En el punto anterior hemos señalado que la Constitución de 1993 integra a los tratados a nuestro ordenamiento jurídico de forma automática y les otorga jerarquía de ley; sin embargo a los tratados de derechos humanos se les ha reconocido rango constitucional vía interpretación constitucional en aplicación de la CDFT.

Los TBI también se incorporan automáticamente al orden interno y tienen jerarquía legal; sin embargo observamos diferencias respecto al órgano que los suscribe ya que son considerados como “tratados ejecutivos”. De conformidad con el art. 57, parra. 1 del texto constitucional estos tratados se celebran por el Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso y se ratifican mediante Decreto Supremo (Ley 26647, art. 2). La denominación de tratados ejecutivos parece relacionarse más con las materias que no están contempladas en los tratados aprobados por el Congreso según el art. 56 de la Constitución y que constituyen un sistema de lista positiva de las materias que son de exclusiva competencia del legislativo (Méndez, 1999). Esta materias son: 1. Derechos Humanos; 2. Soberanía, dominio e integridad del Estado; 3. Defensa Nacional; 4. Obligaciones financieras del Estado y los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución (Art. 56 de la Const.). Esta diferencia en el proceso de incorporación de los TBI no afecta su rango normativo de ley menos, su obligatoriedad, en razón a que son obligaciones convencionales internacionales a las que el Perú se ha comprometido y no puede sustraerse a su cumplimiento bajo ninguna justificación de derecho interno (Art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados); caso contrario nuestro país asumiría responsabilidad internacional. No obstante si es necesario en un Estado constitucional de derecho el control interno de los tratados. En este caso el control parlamentario se efectúa por el Congreso sobre el contenido material de estos tratados a fin de que el Ejecutivo no se exceda en sus atribuciones (Méndez, 1999).

La tendencia en la jurisprudencia del CIADI es la aplicación de las cláusulas del TBI en disputa o como complemento del derecho nacional. En términos generales, el Derecho

Internacional prevalece cuando el Derecho de un Estado (receptor de la inversión) sea contrario al Derecho Internacional. Asimismo, se ha reconocido en los arbitrajes del CIADI que el Derecho Internacional debe cubrir los vacíos que eventualmente pudieran encontrarse en los respectivos sistemas jurídicos internos, teniendo pues un carácter supletorio y correctivo respecto del Derecho Interno (Kundmüller & Rubio, 2006). Siendo los laudos vinculantes para las partes (Art. 53 del Convenio CIADI) y estando los Estados contratantes obligados a reconocer y ejecutar dichos laudos como si fueran sentencias firmes dictadas por sus tribunales (artículo 54 del Convenio CIADI), entonces la jerarquía de los TBI sería supraconstitucional, desplazando de esta forma a la supremacía constitucional que ostentan vía interpretación los tratados de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico.



**Fig. 3.** La constitucionalización de los TBI: Incorporación, jerarquía y fuerza normativa.

**Discusión:**

Las tensiones entre los tratados de derechos humanos y los tratados de inversiones se relacionan con la aplicación de los derechos humanos; en especial los derechos económicos sociales y culturales, como los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados de DD.HH. ratificados por el Perú. Para el operador jurídico sería sencillo resolver esta tensión aplicando la primacía de los tratados de derechos humanos; sin embargo no debemos perder de vista que ambos tipos de tratados son obligatorios para el Perú y la no aplicación de uno de ellos generaría responsabilidad internacional para el Estado.

La forma en que se aprueban los TBI suscritos por el Perú es mediante Decreto Supremo (DS). Así, El TBI celebrado con Argentina fue aprobado por Decreto Supremo (DS) No 28-94-RE; el TBI suscrito con España por DS No 01-95-RE; el TBI con el Reino de los Países Bajos se aprobó por DS No 02-95-RE; el TBI con el Reino de Dinamarca por DS No 03-95-RE; el TBI con Rumania por DS No 18-94-RE; el TBI con la Republica portuguesa se aprobó mediante DS No 05-95-RE. Estos tratados deben supeditarse a dos controles: El primer control es político, y es realizado por el Congreso y el segundo es jurídico correspondiéndole al Tribunal Constitucional el control de las normas con rango de ley, entre las que se encuentran los

tratados (Art. 200, inc. 4). Estos dos controles son ineficaces porque ambos son a posteriori. El art. 57 de la Constitución que prescribe la obligación de dar cuenta al Congreso de los tratados ejecutivos celebrados por el Presidente de la República se refiere evidentemente a un control a posteriori al igual que el control jurídico que puede realizarse mediante la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 200, inc. 4 del texto constitucional y después de su publicación (Art. 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Aunque cualquiera de estos controles declarara inconstitucional o ilegal el tratado, no tendría efectos internacionales por estar en vigor. Por lo tanto el control jurídico a priori constituye una herramienta importantísima que nuestro ordenamiento constitucional debería incorporar. No obstante esta falencia, es posible realizar un control preventivo de los tratados ejecutivos en aplicación del art. 92 del Reglamento del Congreso, que dispone que: “Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos (...). Aquí nuevamente nos encontramos con la responsabilidad internacional del Estado que se ha comprometido internacionalmente con el tratado ejecutivo. Por esta razón es menester que el Congreso exhorte al Ejecutivo para que cumpla con lo dispuesto en este artículo antes de celebrar un tratado (STC No 00002-2009-PI/TC, fundamento 85). El objeto de este control es revisar que estos tratados contengan pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento.

La jerarquía supraconstitucional de los TBI suscritos por el Perú, es una cuestión de facto derivada de la aplicación de los mismos que contienen normas tanto sustantivas como procesales y se refuerza con lo que dispone el Convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones. Todos los TBI suscritos por el Perú contienen cláusulas de sometimiento al arbitraje internacional en caso de controversia entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, bien ante el CIADI o bien a un tribunal arbitral ad-hoc, establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.M.U.D.I.). En cuanto al Convenio CIADI el Perú ratificó este tratado mediante Resolución Legislativa N° 26210 del 2.7.1993 y por lo tanto también es parte de nuestro derecho interno y de obligatorio cumplimiento. De otro lado el DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 que regula el arbitraje en el país señala en su CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA que: “Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado, al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...)”. Evidentemente la aplicación directa de las cláusulas de los TBI sin un control jurisdiccional de parte del Estado expresa la crisis del principio de supremacía constitucional. La solución a esta crisis como lo sostiene Pizzolo (2002), quien viene por el lado del control de constitucionalidad a priori de la norma internacional que se quiere incorporar.

La fuerza normativa de los TBI se basa en el art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, ratificada por Decreto Supremo N° 029-2000-RE que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.

De otro lado la Constitución al reconocer iguales derechos a los peruanos y extranjeros, les reconoce también los mismos derechos humanos. Así por ejemplo entre los derechos que se relacionan directamente con los inversionistas extranjeros está el derecho de propiedad (Art. 70); la libertad de contratar se garantiza en caso de conflicto, recurriendo solo a la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Además el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades mediante contratos-ley. Estos no pueden ser modificados legislativamente (Art. 62 de la Const.).

#### IV. CONCLUSIONES

La Constitución peruana de 1993 integra fuentes nacionales e internacionales. Reconoce como única fuente internacional a los tratados, los cuales se integran al ordenamiento constitucional peruano a través del art. 55.

La Constitución integra a todos los tratados, sean con habilitación legislativa o ejecutivos, a nuestro ordenamiento jurídico de forma automática; les otorga jerarquía de ley. Sin embargo vía interpretación constitucional a los tratados de derechos humanos se les reconoce rango constitucional, integrando al derecho interno mediante la aplicación directa las normas internacionales de la materia y, además, la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección.

Los Tratados Bilaterales de Inversión se aprueban como tratados ejecutivos (Art. 57). Gozan de aplicabilidad directa debido a las cláusulas de solución de controversias que contienen los TBI firmados por el Perú, que le obligan a someterse al arbitraje internacional en caso de controversia con el inversionista extranjero. Los laudos arbitrales que ponen fin a dicha controversia, como los del CIADI, son aplicables directamente al ordenamiento peruano. En la práctica los TBI adquieren rango supraconstitucional.

#### V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, J. (2001). *Tratados Internacionales y Ley Interna, Fondo de desarrollo editorial*. Lima: Universidad de Lima.
- BALAGUER, F. (2010). *Manual de Derecho constitucional. 5ta Edición*. Madrid: Editorial Tecnos.
- CARBAJAL, C. (2007). Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y estados receptores Los Tratados bilaterales de inversión en los tratados de libre comercio e inversión en América Latina: El caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica. *Revista da Faculdade de Direito da universidade de Sao Paulo*, 525-542.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O. (2011). Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público. *Revista Dialnet*, 41-62.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2006). *Convenio de Washington o Convenio CIADI*. Washington D.C.: CIADI.
- KUNDMÜLLER, F., & RUBIO, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones. *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. N° 1*, 69-110.
- MÉNDEZ, E. (1999). *El Control Parlamentario de las atribuciones del Presidente en la celebración de los Convenios Ejecutivos Internacionales*. Lima: Fondo Editorial, PUCP.
- NOVAK, F. (2013). ). La Constitución Comentada, T-II. *Gaceta Jurídica*, 1028-1045.
- NOVAK, F., & SALMÓN, E. (2002). *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos. 2.a ed.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PASTOR, J. (1996). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 6ta. Edic.* Madrid: Editorial Tecnos.
- PÉREZ, M. (2011). *Unidad y Pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*. Barcelona: Editorial Tecnos.
- PIZZOLO, C. (2002). *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*. . Argentina: Sociedad Anónima Editora.
- PRIETO, L. (2013). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Revista de Filosofía Jurídica y Política, ISSN 0008-7750, N° 44*, 461-506.