
EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FUENTE DE DERECHO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE

José Ignacio Hernández G.

Preprint No. 3/20



Cátedra Jean Monnet
Derecho Administrativo Europeo y Global



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Jean Monnet Chair
EU Administrative Law in Global Perspective
574427-EPP-1-2016-1-ES- EPPJMO-CHAIR

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO
FUENTE DE DERECHO EN EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL DE INVERSIONES**
Hacia un Ius Constitutionale Commune

José Ignacio Hernández G.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la
Universidad Católica Andrés Bello
Visiting Fellow en el Center for International Development at Harvard

Suggested citation: J. I. Hernández G., *El Derecho administrativo global como fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones. Hacia un Ius Constitutionale Commune*, 3/20 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2020. Published in L. Arroyo, I. Martín, P. Meix (Dirs.), *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos* (Iustel 2020).

Resumen

El Derecho Administrativo Global puede ser definido como el conjunto de principios generales de Derecho Administrativo Comparado que aplican en el espacio global. De conformidad con el literal c, numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tales principios generales son fuente de Derecho Internacional, incluso, en el arbitraje internacional de inversiones. Con lo cual, especialmente en controversias arbitrales relacionadas con la actividad o inactividad administrativa del Estado sede, la aplicación de tales principios puede fortalecer la certidumbre en la interpretación de los estándares de protección del inversor, salvaguardando el margen de deferencia a favor del Estado sede. Además, la aplicación de esos principios generales puede contribuir a considerar a los Tratados Bilaterales de Inversión como fuente del Derecho Administrativo doméstico.

Palabras claves

Derecho Administrativo Global, arbitraje internacional de inversiones, estándares de protección del inversor, Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Abstract

Global Administrative Law can be defined as the set of general principles of Comparative Administrative Law that are applicable to the global space. According with the literal c, numeral 1 of article 38 of the International Court of Justice Statute, those general principles are sources of International Law, also, in the international investment arbitration. As a result, and particularly in disputes related with the administrative activity or inactivity of the host State, the application of these general principles can reinforce the certainty in the interpretation of the investor standards of protection, recognizing a deference margin of the host State. In addition, the application of these general principles can contribute to consider the Bilateral Investment Treaties as sources of the domestic Administrative Law.

Keywords

Global Administrative Law, international investment Arbitration, Bilateral Investment Treaties

INTRODUCCIÓN (*)

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Público doméstico se ha inspirado en el proceso de formación del Estado-Nación que, basado en la idea de soberanía, ha derivado en “áreas de inmunidad” respecto del Derecho Internacional. Esto es, áreas de la actividad del Estado en las cuales, por defensa de la soberanía, se reduce la incidencia del Derecho Internacional. Esta tendencia ha sido muy marcada en Latinoamérica debido a la herencia cultural de la doctrina Calvo.

Un ámbito en el cual esta relación ha demostrado diversas tensiones es en el arbitraje internacional de inversiones. Luego de una lenta evolución desde mediados del siglo pasado, la difusión de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRIs), conocidos también como Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) amplió considerablemente el ámbito del arbitraje y, por ende, de los reclamos arbitrales. La crisis de Argentina de comienzos del presente siglo puso en evidencia cómo los reclamos arbitrales basados en Tratados no versan sobre reclamos comerciales, en el sentido que pueden también extenderse a reclamos basados en el diseño e implementación de políticas públicas expresadas en actos regidos por el Derecho Público doméstico, como Leyes y Decretos. Esto llevó, primero, a cuestionar la legitimidad del arbitraje internacional de inversiones para revisar políticas públicas; luego, llevó a considerar que el Estado sede de la inversión debía contar con un margen de deferencia, esto es, un ámbito en el cual el Tribunal Arbitral debía presumir que las decisiones del Estado a través de las cuáles éste interviene en la economía –o como se le conoce, el “derecho a regular”- no menoscaban los estándares de protección del inversor, quedando por ello reguladas por el Derecho Público doméstico.

Tras esta tesis subyace, al menos en parte, la premisa de acuerdo con la cual es preciso mantener una clara distinción entre el Derecho Internacional de Inversiones y el Derecho Público doméstico, procurándose así un mayor ámbito de éste sobre aquél, especialmente en cuanto al ejercicio del derecho a regular.

Esta premisa la consideramos inadecuada, pues no toma en cuenta las similitudes existentes entre los estándares de protección del inversor previstos en TBIs y el Derecho Público doméstico. Así, en el presente artículo explicamos cómo los estándares de protección del inversor previstos en TBIs, aun cuando responden a la evolución del Derecho Internacional que rige a la responsabilidad internacional del Estado, también aparecen influenciados por los principios generales del constitucionalismo que comenzaron a formarse en el siglo XVII.

Es por ello que se ha venido proponiendo que el arbitraje internacional de inversiones debe ser estudiado a través del denominado Derecho Administrativo Global. En la práctica,

(*) Este texto se ha elaborado en el marco del proyecto del Plan Nacional de I+D *Administrative Law Beyond the State* (PGC2018-101476-B-I00).

esto significa que el arbitraje internacional de inversiones debe considerar, dentro de sus fuentes de Derecho aplicable, a los principios generales de Derecho Administrativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En realidad, esos principios generales de Derecho Administrativo encuentran su origen en lo que podría considerarse como un *Ius Constitutionale Commune*, esto es, el conjunto de principios generales de Derecho Constitucional que permiten encuadrar de mejor manera las relaciones entre el Estado sede y el inversor.

El propósito del presente trabajo, precisamente, es evidenciar la utilidad práctica de los principios generales de Derecho Administrativo como fuentes de Derecho del arbitraje internacional, para lo cual el presente trabajo se divide en dos partes. En la primera, analizamos cómo el Derecho Administrativo Global, basado en principios generales de Derecho Administrativo, es fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones, lo que implica que el Tribunal Arbitral, al interpretar el TBI, debe considerar la incidencia de esos principios generales, especialmente cuando el reclamo arbitral se base en relaciones jurídico-administrativas. La segunda parte analiza la aplicación práctica de esos principios generales en el arbitraje internacional de inversiones, tomando en cuenta su similitud con estándares de protección del inversor, así como su utilidad para precisar el margen de deferencia que el Tribunal Arbitral debe respetar en relación con el llamado derecho a regular.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. *Los orígenes del Derecho Administrativo Global. Su relación con los principios generales del Derecho Administrativo Comparado: hacia un Ius Constitutionale Commune*

El Derecho Administrativo ha sido considerado una parte del Derecho Público doméstico que concreta la aplicación del Derecho Constitucional. Esto quiere decir que el objeto central del Derecho Administrativo –cual es establecer controles sobre la Administración Pública para prevenir su abuso- en realidad, forma parte del cometido general del Derecho Constitucional. De allí la estrecha relación entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, lo que ha llevado a aludir al Derecho Administrativo Constitucional¹.

¹ Es conocida la expresión de acuerdo con la cual el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado. Así, el propósito básico del Derecho Constitucional es establecer un sistema de pesos y contrapesos diseñados para defender la libertad general del ciudadano frente al Poder del Estado. Ese propósito adquiere con contenido específico en el Derecho Administrativo, que asume como función básica el control de la Administración Pública. Véase en general a Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown, 1991, p. 1, y Wade, William, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, p. 4. Sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, entre otros, vid. Araujo-

Ahora bien, desde hace tiempo, la doctrina ha llamado la atención acerca de la existencia de organismos internacionales que llevan a cabo una actividad similar a la actividad administrativa, todo lo cual permitió analizar la existencia del *Derecho Administrativo Internacional*². La globalización hizo que esas organizaciones fuesen cada vez más complejas, lo que se tradujo en una mayor interacción entre las normas y principios de Derecho Internacional derivadas de la globalización y el Derecho Administrativo. Fue precisamente con estos antecedentes que surgió la idea del Derecho Administrativo Global³.

El fundamento original del Derecho Administrativo Global es la existencia de organismos internacionales que llevan a cabo una actividad similar a la actividad administrativa. Esos organismos no eran autoridades democráticamente electas ni se sometían a normas especiales orientadas a promover su transparencia y rendición de cuenta. Este “*déficit democrático*” fue lo que impulsó a proponer la construcción de un conjunto de principios llamados a controlar la actividad de esos organismos, especialmente, a los fines de

Juárez, José, *Introducción al Derecho administrativo constitucional*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 41 y ss.; Brewer-Carías, Allan, “Bases constitucionales del Derecho administrativo en Venezuela” en *Revista de Derecho público* N° 16, Caracas, 1983, pp. 5 y ss. y Rodríguez-Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 65 y ss.

² Cfr.: Fernández Lamela, Pablo, *Introducción al Derecho administrativo internacional*, Editorial Novum, México D.F., 2012, pp. 30 y ss. Se ha venido aludiendo, en este sentido, al ejercicio de la autoridad administrativa por organismos internacional. Vid.: Bogdandy, Armin von, et al, “Developing the Publicness of Public International Law: towards a legal framework for global governance activities”, en *The exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Londres, 2010, pp. 3 y ss.

³ Una de las primeras referencias en este sentido es de Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss. Especialmente, vid. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, *Duke University*, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ballbé, Manuel, “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss.; Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss.; Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.; Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*, y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El Derecho administrativo global: un derecho principal”, en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss. Desde Latinoamérica, entre otros, vid. Delpiazzi, Carlos E., “Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global”, en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo, Tomo II*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. y Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes.

promover principios como la rendición de cuenta, la racionalidad y el derecho a la defensa⁴. A tales principios se les dio la denominación de “Derecho Administrativo Global”⁵.

Por lo tanto, tradicionalmente, el Derecho Administrativo Global suele explicarse a través de un *ámbito subjetivo* y un *ámbito objetivo*. El ámbito subjetivo está compuesto por las organismos internacionales que, bajo regímenes diversos, llevan a cabo la actividad calificada como administrativa: es lo que se conoce como Administración Global”. El ámbito objetivo está compuesto por el conjunto de principios y normas que rigen a la Administración Global⁶. Lo peculiar de ese Derecho Administrativo Global es que se trata de un Derecho Administrativo sin Estado, lo que rompe el paradigma conforme al cual el Derecho Administrativo es siempre un Derecho estatal⁷.

En tal sentido, se ha destacado –especialmente desde Europa- que esos principios y normas deben quedar informados por los principios generales de Derecho Administrativo empleados como fuente de Derecho Internacional, en los términos del literal c. numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸. Como es sabido, el propósito de este artículo fue permitir la decisión de asuntos bajo el Derecho Internacional, allí donde no existe una norma clara derivada del Tratado o de la costumbre. De esa manera, los principios generales del Derecho resumen aquellos principios de aceptación universal, lo que en modo alguno implica aceptación homogénea. Así, estos principios reconocen la

⁴ Recientemente, puede verse también a Kingsbury, Benedict, *et al*, “Global Administrative Law and Deliberative Democracy”, en *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 526 y ss., trabajo en el cual se realiza la tensa conexión entre el Derecho Administrativo Global y la democracia.

⁵ Entre otros, vid. Craig, P., *UK, EU and global administrative law : Foundations and challenges*, Hamlyn lectures, 2015, pp. 10 y ss., así como Cassese, Sabino y D’Alterio, Elisa, “Introduction: the development of Global Administrative Law”, en *Research handbook on global administrative law*, Edward Elgar, Northampton, 2016, pp. 1 y ss. Como ha recordado Cassese, la propia expresión “Derecho Administrativo Global” sigue siendo debatida, frente a quienes cuestionan que el marco conceptual del Derecho Administrativo pueda extenderse a una realidad tan compleja como que estudia el Derecho Administrativo Global. Cfr.: “Global administrative law: The state of the art”, en *International Journal of Constitutional Law, Volumen 13, N° 2*, 2015, pp. 465 y ss.

⁶ Para una revisión de la evolución de este tema, vid. Casini, Lorenzo, “Global Administrative Law scholarship”, en *Research handbook on global administrative law*, cit., pp. 548 y ss.

⁷ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Press Law, Sevilla, 2012, pp. Una de las primeras referencias en torno a esta idea, en Battini, Stefano, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 271 y ss. Del autor puede verse también “Administrative Law Beyond the State”, en *Global administrative law: an Italian perspective*, RSCAS PP 2012/04. Robert Schuman Centre For Advanced Studies Global Governance Programme, 2012, pp. 11 y ss. Véase también a Cassese, Sabino, “Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation”, en *New York University Journal of International Law and Politics, Volumen 37*, 2005, p. 671.

⁸ Della Cananea, Giacinto, “Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law”, en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss. Por ello, se ha señalado que el Derecho Administrativo Global se basa en principios generales. Cfr.: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El Derecho administrativo global: un derecho principal”, en *Revista de Derecho Público N° 120*, Caracas, 2009, pp. 7 y ss.

diversidad de sistemas jurídicos y de soluciones, lo que no impide abstraer principios comunes a esos sistemas⁹.

Ahora bien, junto a esta distinción subjetiva y objetiva, hemos venido proponiendo que el Derecho Administrativo Global también debe comprender a los *controles internacionales sobre la Administración Pública doméstica*¹⁰. Así, actualmente el principio conforme al cual la Administración Pública debe obrar en el marco de controles, no se agota en los controles previstos en el Derecho doméstico, como es el caso del control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Antes por el contrario, también existen, en el llamado espacio global, controles internacionales sobre la Administración Pública doméstica. En algunos casos esos controles derivan de Tribunales Internacionales, como sucede con los Tribunales de Derechos Humanos, mientras que en otros casos se trata de controles similares a los controles administrativos, como sucede en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹¹.

Estos controles evidencian que actualmente el Estado puede ser responsable por violación del Derecho Internacional, a cuyo efecto se reconoce que la responsabilidad internacional del Estado puede quedar comprometida por el ejercicio de cualquiera de sus funciones públicas. No obstante, lo común será que la responsabilidad internacional del Estado sea ocasionada por su actividad e inactividad administrativa, pues es precisamente a través de la actividad administrativa que el Estado entra en relaciones directas con los particulares, lo que eleva el riesgo de violación del Derecho Internacional¹².

Es el caso que estos controles internacionales se basan en Tratados, cuyo objeto tradicional no es regular relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Con lo cual, la aplicación del Tratado a controles que versan sobre relaciones jurídico-administrativa puede presentar, en la práctica, ciertos problemas de interpretación que podrían solventarse si se acude a los principios generales del Derecho Administrativo como fuente del Derecho Internacional. Así, estos principios han sido diseñados para su aplicación a relaciones jurídico-administrativas, que es precisamente el tipo de relaciones que da lugar al control desde el Derecho Internacional. De allí que los controles al Estado sede derivados de Tratados

⁹ En general, sobre el citado artículo, y el método para sistematizar los principios generales de Derecho, entre otros, vid. Chiti, Edoardo, "Where does GAL find its legal grounding?", en *International Journal of Constitutional Law*, Volumen 13, N° 2, cit., pp. 468 y ss.

¹⁰ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 245 y ss. Sobre el alcance de estos controles dentro del Derecho Administrativo Global, vid. Rask Madsen, Mikael, "Judicial globalization: the proliferation of international courts", en *Research handbook on global administrative law*, cit., 282 y ss.

¹¹ En general, vid. Sabino Cassese, "Global Standards For National Administrative Procedure", en *Law And Contemporary Problems* N° 68, 2005, pp. 109 y ss.

¹² Sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional, vid. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, pp. 86 y ss. Los controles internacionales aplican sobre el ejercicio de la función legislativa, judicial y administrativa, aun cuando en la práctica, será el ejercicio de la función administrativa el que quede más expuesto al Derecho Internacional, pues a través de esa función que el Estado entra en contacto directo con los ciudadanos.

podrían ser mejor interpretados si se considera la incidencia de los principios generales del Derecho Administrativo¹³.

Precisamente por lo anterior, los controles internacionales sobre el Estado sede, y en especial sobre su Administración Pública, pueden enmarcarse dentro del Derecho Administrativo Global, en la medida en que se tomen en cuenta los principios generales de Derecho Administrativo. Con lo cual, el Derecho Administrativo Global no solo aplica a la Administración Global y sus principios y normas, sino también a los controles internacionales sobre la Administración Pública doméstica.

Es el caso que los principios generales de Derecho Administrativo aparecen influenciados por el constitucionalismo que comenzó a formarse a finales del siglo XVII, y cuyo propósito fue establecer límites al Estado en defensa de los derechos subjetivos del ciudadano¹⁴. Este origen histórico común, basado en la influencia del constitucionalismo americano, permite identificar principios comunes que conforman lo que se ha venido denominando *Ius Constitutionale Commune*, que en términos sencillos, puede ser definido como el conjunto de principios comunes de Derecho Constitucional¹⁵.

El *Ius Constitutionale Commune* no solo permite una mejor comprensión del Derecho Público a través del método del Derecho Comparado, especialmente, respecto del Derecho Administrativo¹⁶. Además, el *Ius Constitutionale Commune* otorga el marco conceptual

¹³ Vid. Ortino, Federico, “The Investment Treaty System as Judicial Review”, en *American Journal of International Arbitration* N° 24, 2013, pp. 437 y ss. Véase también a Burke-White, William W. y Von Staden, Andreas, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, en *The Yale Journal of International Law*, Número 35, 2010, pp. 283 y ss.

¹⁴ El constitucionalismo, en sentido estricto, es el sistema jurídico basado en los principios del Estado de Derecho, conforma los cuales, el Gobierno tiene origen popular, a consecuencia de lo cual el poder que ejerce es limitado, de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución, de legalidad y de separación de poderes. Estos principios, que postulan el control sobre el Gobierno, se orientan a prevenir su abuso en defensa de la libertad. Vid. Sartori, Giovanni, *Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives, and outcomes*, New York University Press, Nueva York, 1997, pp. 195 y ss.

¹⁵ El estudio comparado del Derecho Constitucional permite evidenciar la influencia del constitucionalismo americano sobre otros sistemas jurídicos, especialmente en el Latinoamérica y Europa. De esa manera, el Derecho Constitucional Comparado sistematiza los principios generales del Derecho Constitucional que giran en torno a la separación de poderes, la supremacía de los derechos humanos, el sistema democrático y la existencia de controles sobre el ejercicio del Poder Público. Como se ha señalado, “*los principios fundamentales que orientan al Ius Constitutionale Commune son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho*”. Cfr.: Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss. El autor se centra en los principios comunes del constitucionalismo en Latinoamérica, pero sus ideas aplican, en general, al método comparado dentro del Derecho Constitucional. Véase también a Arango, Rodolfo, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017, pp. 179 y ss.

¹⁶ Sobre el método del Derecho Comparado en el Derecho Administrativo, entre muchos otros, vid. Rose-Ackerman, Susan y Lindseth, Peter, “Comparative administrative law: and introduction”, en *Comparative administrative law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, pp. 1 y ss. En realidad, los principios generales del

adecuado para interpretar y aplicar los controles que, en el espacio global, inciden sobre la actividad del Estado y más en concreto, en su actividad administrativa. Desde esta perspectiva, debe considerarse que los controles internacionales sobre el Estado –al igual que los controles jurisdiccionales en el ámbito doméstico- se orientan a establecer controles efectivos al Estado en defensa de los derechos subjetivos del individuo, y en especial, en defensa de los derechos humanos. Con lo cual, los controles internacionales sobre el Estado deberían orientarse a promover, en el espacio global, el Estado de Derecho¹⁷.

La compilación de estos principios generales no es, en todo caso, tarea fácil. Los obstáculos no solo derivan de las particularidades de cada modelo de Derecho Administrativo –dependiente siempre de las concretas condiciones de cada Estado- sino además, de las diferencias en cuanto a los sistemas constitucionales imperantes, pues lo cierto es que los principios comunes del constitucionales, aun cuando suelen predominar en los modelos jurídicos occidentales, no son comunes a los modelos jurídicos orientales. El punto de anclaje, por ello, debe ser la mundialización de los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales que gravitan en torno a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. De allí pueden extraerse, ciertamente, principios generales que deben informar a la relación del Estado con los derechos humanos, tales y como los principios de proporcionalidad, racionalidad y motivación¹⁸.

Derecho Constitucional –sistematizados por el método comparado- constituyen la fuente básica de los principios generales del Derecho Administrativo, pues en suma, éste concreta el ámbito de aplicación de aquellos.

¹⁷ Especialmente a través de la llamada mundialización de los derechos humanos, se ha venido promoviendo la existencia de un “Derecho Constitucional Global” o de un “constitucionalismo global”. Con ello quiere destacarse cómo normas y principios del Derecho Internacional han recogido y ampliado principios tradicionales del constitucionalismo. Para una revisión crítica de la doctrina, vid.: Mac Amhlaigh, Cormac, “Harmonising Global Constitutionalism”, en *Global Constitutionalism, Volumen 5, Número 2*, 2016, pp. 172 y ss. Véase igualmente a Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, cit. La globalización del constitucionalismo constituye el marco de referencia general del Derecho Administrativo Global. Al respecto, se ha señalado que todos los problemas relacionados con el Derecho Administrativo Global pueden plantearse a través de sus fundamentos constitucionales. Vid.: Möllers, Christoph, “Constitutional foundations of global administration”, en *Research handbook on global administrative law*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁸ De no tomarse en cuenta esta advertencia, los principios generales del Derecho Administrativo Global podrían terminar siendo adoptados sobre la base de determinado modelo de Derecho Administrativo, lo que afectaría su carácter general. De allí la propuesta de construir esos principios generales desde la mundialización de los derechos humanos.

2. *La aplicación del Derecho Administrativo Global al arbitraje internacional de inversiones*

Un ámbito en el cual resulta de interés el estudio de los controles internacionales sobre el Estado es el arbitraje internacional de inversiones. No siempre, sin embargo, ese arbitraje es valorado desde esta óptica.

Así, los orígenes históricos del arbitraje internacional de inversiones permiten demostrar que los objetivos perseguidos fueron muy específicos: reducir la incertidumbre derivada de las fallas de los ordenamientos jurídicos domésticos, a los fines de promover un marco regulatorio homogéneo y estable que incentivase la inversión extranjera directa. Esto llevó a que el arbitraje internacional de inversiones basado en TBIs fuese considerado como un mecanismo para dirimir diferencias económicas entre el inversor y el Estado, típicamente en el marco de los contratos a través de los cuales el inversor lleva a cabo su actividad¹⁹.

La expansión de los TBIs a finales del siglo XX aumentó los casos de arbitraje, especialmente, bajo el Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Fue durante la crisis Argentina, de comienzos del presente siglo, cuando el incremento del número de arbitrajes puso en evidencia que, en realidad, éste permite resolver controversias entre el inversor y el Estado sede, incluso, con ocasión al ejercicio de potestades públicas de éste. Es decir, que el Estado sede se somete al TBI, incluso, respecto del ejercicio de sus poderes públicos, usualmente regulados por el Derecho Público doméstico²⁰.

Esto fue consecuencia de la estructura general de los TBIs, basados en la enumeración de un conjunto de normas que establecen garantías para el inversor y que, a la vez, limitan la actuación del Estado sede. Esas normas, conocidas como *estándares de protección del inversor*, son por ello a su vez *estándares de revisión del Estado sede*, o sea, normas que permiten controlar si la actividad o inactividad del Estado sede se ajusta al Tratado²¹.

Como consecuencia, toda la actividad del Estado –incluyendo su actividad de Derecho Público– quedó sometida a los estándares de protección, que pasaron a ser estándares de

¹⁹ En relación con el origen histórico del arbitraje internacional de inversiones, vid. Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, pp. 47 y ss., así como Sornarajah, M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 19 y ss. Véase también a Schill, Stephan, *et al*, “International investment law and history: An introduction International Investment Law and History”, en Edward Elgar, Northampton, 2018, pp. 3 y ss. En cierta forma, la evolución del arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados es accidental. Cfr.: Pauwelyn, Joost, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en *The Foundations of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 11 y ss.

²⁰ Desde una perspectiva crítica, vid. Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2008, pp. 45 y ss.

²¹ Sobre el origen de esos estándares, vid. Dugan, Christopher, *et al*, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 82 y ss.

revisión de medidas sometidas al Derecho Público doméstico. Frente a ello, un sector de la doctrina denunció la ilegitimidad del arbitraje internacional de inversiones para dirimir controversias basadas en el ejercicio de potestades públicas, crítica que fue replicada especialmente desde Latinoamérica como defensa de la “soberanía”²².

Junto a esa posición, otro sector consideró que lo necesario era redimensionar el sentido del arbitraje internacional de inversiones, que debía ser valorado como un instrumento de Derecho Público que permite resolver controversias entre el Estado sede y el inversor. Más que enfocarse como una derivación del arbitraje internacional comercial, el arbitraje internacional de inversiones debía ser valorado como un instrumento especial de Derecho Público, pero que funciona en el espacio global²³.

En nuestra opinión, es éste el enfoque que resulta adecuado²⁴. Así, lo primero que habría que recordar es que el TBIs es resultado de la soberanía del Estado, pues en definitiva, se trata de un Tratado negociado y suscrito entre Estados. Asimismo, también debe considerarse que el Convenio CIADI no es solo un Tratado suscrito entre Estados, sino que además, solo los Estados pueden designar a los árbitros que resolver disputas bajo las reglas del Convenio. Con lo cual no es posible valorar conflicto alguno entre el arbitraje internacional y la soberanía.

Además, y lo que es más importante, es preciso señalar que el arbitraje internacional de inversiones no puede ser valorado únicamente como un mecanismo para resolver controversias público-privadas. En realidad, ese arbitraje también debe ser valorado como un instrumento de control del Estado sede, pues los estándares de protección del inversor actúan también como estándares de revisión del Estado sede, según vimos. Muy especialmente, advertimos, como estándares de revisión de la Administración Pública del Estado sede, pues en la práctica, las relaciones entre el Estado y el inversor son implementadas por la Administración Pública. Con lo cual, el arbitraje internacional de inversiones debe cumplir, en el espacio global, el mismo rol que en el ámbito doméstico cumple la jurisdicción contencioso-administrativo, esto es, controlar el ejercicio de la actividad e inactividad de la Administración Pública en defensa de derechos subjetivos, en este caso, del inversor.

²² Para una explicación general, vid. Dolzer, Rudolf y Stevens, Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, CIADI, Boston, 1995, pp. 1 y ss.

²³ Sobre la necesidad de cambiar la visión del arbitraje internacional, vid. Wälde, Thomas, “The Specific Nature of Investment Arbitration”, en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (editores), *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y 76. Igualmente, vid. Schill, Stephan W., “International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction”, en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3 y ss. En relación con la necesidad de enfocar al arbitraje internacional como un instrumento de Derecho Público que opera en el espacio global, recientemente, vid. Schill, Stephan, “Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework”, en *Journal of International Economic Law* N° 20, 2017, pp. 649 y ss. De acuerdo con el autor, las críticas sobre la falta de legitimidad del arbitraje Estado-inversor deben llevar a ampliar el marco conceptual de ese mecanismo de solución de disputas desde el Derecho Constitucional Comparado.

²⁴ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, cit.

Esto ha llevado a considerar que el arbitraje internacional de inversiones debe ser valorado a través del Derecho Administrativo Global²⁵. En la práctica, esto significa que dentro de las fuentes del arbitraje, y de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, deberán considerarse, como fuente de Derecho Internacional, a los principios generales de Derecho Administrativo, pues en definitiva, son esos principios los que permiten establecer controles específicos a las relaciones jurídico-administrativas entre el Estado sede y el inversor²⁶.

La idea del *Ius Constitutionale Commune* fortalece esta conclusión, especialmente, desde Latinoamérica. Los principios generales del constitucionalismo Latinoamérica, que son la base fundamental de los principios generales de Derecho Administrativo, deben permitir una adecuada interpretación del arbitraje internacional de inversiones, especialmente, bajo el Convenio CIADI. Así, el propósito del sistema de arbitraje no debería ser únicamente la promoción de la inversión extranjera directa, sino la promoción del Estado de Derecho y la gobernanza en el espacio global, en tanto ello tenderá a crear un marco institucional favorable a la inversión extranjera. Este cambio de perspectiva facilita una mayor integración entre el arbitraje internacional de inversiones y el *Ius Constitutionale Commune*, y además, demuestra que no hay contradicción entre ese arbitraje y la soberanía pues, en suma, como sucede en especial en Latinoamérica, esa soberanía queda limitada por principios constitucionales comunes que inspiran, también, al arbitraje²⁷.

²⁵ Van Harten, Gus y Loughlin, Marti, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law” en *European Journal of International Law* N° 17, 2006, pp. 121 y ss.

²⁶ Ya hay algunos laudos que han admitido la aplicación del citado artículo 38, a los fines de determinar los principios generales de Derecho Administrativo aplicables al arbitraje. Cfr.: Laudo de 22 de septiembre de 2014, asunto *Gold Reserve vs. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, párrafo 575 y siguientes.

²⁷ La posición adversa de Latinoamérica hacia el arbitraje suele basarse en la herencia cultural de la doctrina Calvo. Vid. Titi, Catherine, "Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas", en *Arbitration International Law* N° 30, 2014, pp. 357 y ss. Más recientemente, vid. Fach Gómez, Katia y Titi, Catharine, “International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America”, en *Journal of World Investment & Trade*, N° 17, 2016, pp. 515 y ss. Nuestra posición en Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio (coordinadores), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP, Madrid, 2016.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FUENTE DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. *Los estándares de protección del inversor y los principios generales del Derecho Administrativo Comparado. Especial referencia a la interdicción de la arbitrariedad*

En la sección anterior analizamos el marco teórico que permite sostener la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo como fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones. Así, en tanto los TBIs inciden en relaciones jurídico-administrativas, la interpretación del Tratado debe considerar, dentro de todas las fuentes aplicables, a estos principios generales, como parte del *Ius Constitutionale Commune* que permite encuadrar conceptualmente al arbitraje internacional como un mecanismo de control sobre el Estado que, en el espacio global, previene el abuso de poder y fortalece la gobernanza y el Estado de Derecho.

La relevancia de los principios generales de Derecho Administrativo en el arbitraje internacional de inversiones también puede afirmarse a partir de la similitud entre los estándares de protección del inversor y esos principios. Así, el esquema general de los estándares de protección parte del reconocimiento de garantías generales del inversor respecto del Estado sede que pueden clasificarse entre garantías relativas –interdicción del trato discriminatorio- y las garantías absolutas –aquellas que no requieren un término de comparación. Este esquema no ha variado a pesar de la evolución del modelo de TBIs, que hoy día se caracteriza por un desarrollo más concreto y limitado de los estándares de protección y, además, por asignar al inversor diversas obligaciones²⁸.

Por su parte, las garantías absolutas pueden dividirse en dos grupos, según se trate de estándares expropiatorios y estándares no expropiatorios. Los primeros agrupan las garantías del inversor frente a medidas expropiatorias o de efecto equivalente, mientras que las segundas abarcan un catálogo heterogéneo de garantías que no suponen la existencia de medidas expropiatorias. Sin duda, el estándar absoluto no expropiatorio más difundido en los TBIs ha sido el estándar del “trato justo y equitativo”, que en sentido amplio, reconoce diversas garantías del inversor que lo protegen frente a medidas desproporcionadas, violatorias de expectativas legítimas o medidas inmotivadas, entre otras. La amplitud de este estándar permitió que muchas de las denuncias de violación al Tratado se enmarcasen dentro

²⁸ En cuanto al esquema general de los estándares de protección, por todos, vid. McLachlan, Campbell, *et al*, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2008, pp. 25 y ss.

del ese estándar, lo que ha llevado a que recientes TBIs reduzcan su alcance e incluso eliminen su reconocimiento²⁹.

Así, como adelantamos, la preocupación en torno a la amplitud de los TBIs ha llevado a promover un nuevo modelo en el cual los estándares de protección son definidos de manera mucho más acotada, incluso, suprimiendo el estándar del trato justo y equitativo, o acotando que éste solo aplica de acuerdo con la costumbre internacional. Por ejemplo, el artículo 5 del TBI *Colombia-Emiratos Árabes Unidos* (2017), aclara que la protección del trato justo y equitativo se aplicará conforme a las Leyes del Estado sede y la costumbre internacional, en especial, en casos graves como denegación de justicia, violaciones sustanciales al debido proceso, o arbitrariedad manifiesta. Por lo tanto, para que la actividad o inactividad administrativa sea considerada contraria a ese estándar, se precisa de una violación de cierta gravedad.

Pero incluso con ese cambio, el análisis de los estándares de protección del inversor, de acuerdo con su aplicación a relaciones jurídico-administrativas, permite comprobar la gran similitud entre éstos y los principios generales de Derecho Administrativo. En efecto, los estándares relacionados con la prohibición de trato discriminatorio coinciden con el ámbito del principio general de interdicción de la discriminación en el Derecho Administrativo Comparado³⁰. Por su parte, los estándares que protegen al inversor frente a la expropiación –incluyendo medidas equivalentes– coinciden con los principios generales del Derecho Administrativo en materia expropiatoria³¹.

Sin duda, el paralelismo más importante entre los estándares de protección del inversor y los principios generales de Derecho Administrativo lo encontramos en la interdicción de la arbitrariedad. Como hemos explicado en otro lugar³², en el arbitraje internacional de inversiones la arbitrariedad puede aplicar como estándar independiente o como criterio para la interpretación de otros estándares, incluso, para definir cuál es el ámbito del poder revisión del Tribunal Arbitral sobre la actividad o inactividad del Estado sede sujeta a revisión. En este contexto, la arbitrariedad suele ser definida de acuerdo a su significado

²⁹ Puede verse, sobre este estándar, por todos, a Diehl, Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012, pp. 18 y ss.

³⁰ Cfr.: Mitchell, Andrew D., et al, *Non-Discrimination and the Role of Regulatory Purpose in International Trade and Investment Law*, Edward Elgar, Northampton, 2016, pp. 5 y ss.

³¹ En el arbitraje internacional de inversiones, las garantías del inversor frente a la expropiación y otras medidas similares exigen que la expropiación responda a una causa de interés general, que respete el derecho al debido proceso, que no sea discriminatoria y que esté acompañada de una justa indemnización, lo que coincide con el marco general del Derecho Administrativo Comparado en materia de expropiación. Cfr.: López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*, Edward Elgar, 2014, p. 131.

³² Hernández G., José Ignacio, “Interdicción a la arbitrariedad desde el Derecho Administrativo Global” en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 181, Madrid, 2016, pp. 319 y 22.

común desde el Derecho Internacional, siendo que, en realidad, ese significado común está ampliamente desarrollado en los principios generales de Derecho Administrativo³³.

Para comprender mejor lo que acaba de señalarse, tomemos el ejemplo del artículo 3.7 del TBI *Argentina-Qatar* (2016), de acuerdo con el cual, “ninguna de las Partes Contratantes perjudicará de modo alguno mediante medidas irrazonables o discriminatorias el funcionamiento, la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones en su territorio por parte de los inversores de la otra Parte Contratante”. Ahora pensemos en un caso –común, por lo demás- en el cual ese estándar podría aplicarse: el Estado sede dicta un acto administrativo que limita el ejercicio de la actividad económica del inversor. A los fines de poder interpretar adecuadamente la norma citada, y precisar si el acto administrativo resulta irracional o discriminatorio, al Tribunal Arbitral le resultaría útil valorar cómo caso similar han sido decididos en el Derecho Administrativo Comparado, cuyo rol es precisamente controlar la actividad de la Administración Pública en casos de irracionalidad o discriminación.

No pretendemos señalar, con lo anterior, que los estándares de protección del inversor coinciden exactamente con los principios generales de Derecho Administrativo, ni que éste debe aplicarse en sustitución del TBI. El rol de esos principios no es sustituir la regulación de los estándares prevista en los Tratados, regulación que puede marcar diferencias importantes con los principios generales de Derecho Administrativo, los cuales a su vez pueden diferir de los principios concretos aplicables en determinado modelo. Piénsese así en el estándar relacionado con la justa indemnización expropiatoria: más allá de la similitud entre ese estándar y los principios generales de la indemnización expropiatoria en el Derecho Administrativo Comparado, lo cierto es que pueden existir diferencias importantes en cuanto a la compensación debida al inversor, de acuerdo no solo con lo dispuesto en el Tratado sino además, de acuerdo con las condiciones específicas del caso.

Por ello, lo que pretendemos afirmar es que el Tribunal Arbitral, al interpretar el TBI en un caso en concreto, no solo debe considerar los estándares del Tratado y las decisiones arbitrales anteriores, sino que además, debe considerar cómo los principios generales de Derecho Administrativo, sistematizados por medio del método comparado, han definido la aplicación de ese estándar. Ello le otorgará al Tribunal Arbitral el enfoque adecuado para aplicar, al caso concreto, el TBI. Esto es, no se pretende que los principios generales apliquen por encima del Tratado, sino que el Tratado sea interpretado y aplicado considerando, como marco teórico conceptual, que el reclamo arbitral presentado encuadra en materias tratadas a través de los principios generales de Derecho Administrativo.

En especial, como señalamos, este enfoque es importante pues en la práctica los reclamos arbitrales suelen basarse en la actividad o inactividad administrativa del Estado sede. Ciertamente, el Estado sede puede violar los estándares del Tratado a través de su función legislativa o judicial, pero en la práctica, los reclamos arbitrales suelen basarse en la actividad o inactividad administrativa del Estado sede, pues es a través de esa actividad que

³³ En el arbitraje, el concepto de arbitrariedad suele definirse según su significado común en el Derecho Internacional. Vid. Laudo de 19 de agosto de 2005, dictado por el Tribunal Arbitral ad-hoc en el caso *Eureko vs. Polonia*, párrafo 233.

el Estado entra en relaciones concretas con el inversor. Ello explica por qué los laudos arbitrales suelen basarse en reclamos relacionado con la Administración Pública, por ejemplo, con contratos públicos³⁴ y expropiaciones³⁵.

2. *El margen de deferencia del Estado sede, el derecho a regular y los principios generales del Derecho Administrativo Comparado*

La aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo también es útil para resolver una de las cuestiones que más debate ha generado recientemente: el margen de deferencia del Estado sede.

Tal y como hemos explicado, la ampliación del arbitraje internacional de inversiones generó la preocupación en torno a los riesgos derivados de la sustitución, por parte del Tribunal Arbitral, de decisiones que deberían ser adoptadas por el Estado sede en ejercicio de su soberanía. Actualmente esa preocupación no solo es expresada por países que fueron Estados receptores de capital –como Latinoamérica- sino también por países que en el pasado fueron Estados exportadores de capital, pero que hoy día reciben inversiones –Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo. Con lo cual, la definición de límites al alcance de la revisión a cargo del Tribunal Arbitral es, hoy día, un punto de interés común en el arbitraje internacional de inversiones, más allá de la posición histórica tradicional de cada país³⁶.

La jurisprudencia, en tal sentido, ha aceptado que el control arbitral debe ser limitado, pues es preciso reconocer un margen de deferencia a favor del Estado sede, usualmente justificado en la complejidad técnica de la materia objeto de revisión o en el carácter democrático de las autoridades del Estado sede que adoptaron la decisión que es revisada por el arbitraje. Ese margen de apreciación suele relacionarse con el principio de proporcionalidad³⁷, en el sentido que solo violaciones evidentes al Tratado –o violaciones desproporcionadas, e incluso, arbitrarias- pueden reputarse contrarias al Tratado. Junto a ello, se ha considerado –incluso en el Tratado- que ciertas políticas públicas adoptadas para cumplir con cometidos de interés general, como la protección del medio ambiente o de la

³⁴ Véase el asunto *Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. vs. República de Guinea Ecuatorial*, Caso Ciadi No. ARB(AF)/12/2, laudo de jurisdicción de 4 de diciembre de 2015. Asimismo, puede consultarse el laudo de 8 de marzo de 2016 en el asunto *Içkale İnşaat Limited Şirketi vs. Turkmenistan*, Caso CIADI N° ARB/10/24.

³⁵ Véase el asunto *Tenaris S.A. y otro vs. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/11/26, laudo de 29 de enero de 2016.

³⁶ Por ejemplo, vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2016*, Organización de Naciones Unidas, 2016, pp. 100 y ss.

³⁷ Henckels, Caroline, *Proportionality and deference in investor-state arbitration*, Cambridge University Press, 2015, pp. 1 y ss.

salud, generan una suerte de presunción a favor de la conformidad de la actuación del Estado sede con el Tratado³⁸.

En especial, este margen de deferencia se ha venido postulando en relación con lo que se conoce como el “derecho a regular”, o sea, la potestad del Estado de intervenir en la economía, en especial, a través de su Administración Pública. De esa manera, a los fines de evitar que el Tribunal Arbitral se sustituya en decisiones de políticas públicas del Estado sede, se ha admitido que la aplicación del Tratado no puede vulnerar o desconocer el derecho a regular del Estado sede. Ello incluso ha llevado a establecer, en las recientes versiones de TBI, una suerte de excepción conforme a la cual los estándares de protección del inversor no lesionarán este derecho a regular. Por ejemplo, el artículo 9 del TBI *Argentina-Qatar* (2016) dispone que “ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor”. El efecto práctico de estas disposiciones es establecer una suerte de presunción de legitimidad con el TBI, en el sentido que las medidas del Estado sede dictadas en esas materias –medidas que serán, comúnmente, administrativas- deberán considerarse conforme con el Tratado. De allí que en otros casos, como en el artículo 9 del TBI *Ruanda-Emiratos Árabes Unidos* (2017) se prevé que esa presunción regirá en tanto no se trate de medidas arbitrarias o injustificadamente discriminatorias.

Para cualquier estudioso de Derecho Administrativo, esta no es una discusión nueva. Por el contrario, la necesidad de establecer límites al poder de sustitución del Tribunal a cargo del control jurisdiccional de la Administración Pública, y la conveniencia de establecer presunciones de legitimidad, constituyen una materia ampliamente debatida en el Derecho Administrativo Comparado, no solo inspirado en el régimen francés sino incluso, derivado del *common law*³⁹.

Los principios generales de Derecho Administrativo, por lo anterior, establecen el marco adecuado a través del cual el Tribunal Arbitral debe analizar cuál es el margen de deferencia a favor del Estado sede que debe ser respetado. Así, solo el Derecho

³⁸ Vid. Henckels, Caroline, “The role of standard of review and the importance of deference in Investor-State arbitration”, en *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press, 2014, pp. 113 y ss. Recientemente puede verse el laudo *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*, decisión de 8 de julio de 2016, caso CIADI N° ARB/10/7, párrafo 399. Nuestro comentario en Hernández G., José Ignacio, “El Derecho Administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones”, en *Revista de la Facultad de Derecho N° 50*, Montevideo, 2016, pp. 147 y ss. Véase también, entre otros, el asunto *Eli Lilly and Company vs. Gobierno de Canadá*, Caso N° Unct/14/2, laudo de 16 de marzo de 2017, párrafos 224 y 424.

³⁹ Desde los modelos influenciados por el régimen administrativo, estas discusiones que resumen en el análisis de los límites del poder de sustitución del juez contencioso-administrativo, especialmente en caso de ejercicio de poderes discrecionales. Por todos, véase el clásico trabajo de Beltrán de Felipe, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 277 y ss. Respecto del modelo basado en el *civil law*, esta discusión se relaciona con el análisis del margen de deferencia que debe reconocerse a la Administración Pública. Cfr.: Pierce, Richard J., *Administrative Law*, Foundation Press, Nueva York, 2012, pp. 87 y ss.

Administrativo Comparado, con fundamento en el Derecho Constitucional Comparado, ofrece toda una teoría para definir los límites del control de la Administración Pública, de acuerdo con el margen de deferencia que ésta debe tener. Si a ello le agregamos, como vimos, que la aplicación del margen de deferencia por el Tribunal Arbitral se realizará en el marco de un reclamo basado en relaciones jurídico-administrativas, entonces, podremos comprobar la utilidad práctica de los principios generales de Derecho Administrativo.

3. *Las ventajas de acudir a los principios generales del Derecho Administrativo como parte del Ius Constitutionale Commune*

El arbitraje internacional de inversiones ha evolucionado rápidamente, sin que esa evolución haya estado acompañada de un adecuado marco institucional. En realidad, como vimos, el propósito inicial de los TBIs fue reconocer garantías básicas a los inversores que redujesen los riesgos del ordenamiento doméstico, a los fines de promover inversiones extranjeras directas. Pero para lograr ese objetivo, los TBIs pasaron a ser instrumentos de control del llamado derecho a regular del Estado sede, y en concreto, instrumentos para dirimir controversias jurídico-administrativas. Con lo cual, los TBIs comenzaron a aplicarse como un control internacional sobre el ejercicio de poderes públicos por parte del Estado, poderes que hasta entonces solo estaban controlados por el Derecho Público doméstico.

Esta evolución se hizo sin que el marco institucional del arbitraje fuese modificado, especialmente en lo que respecta al Convenio CIADI. Como consecuencia de ello, se han generado diversas críticas y además, como vimos, han surgido diversos problemas sobre cuál debería ser el rol del Tribunal Arbitral interpretando y aplicando los estándares de protección. Hasta ahora, el enfoque predominante para atender esos problemas ha sido partir del Derecho Internacional Público, considerando que la primera fuente del arbitraje es el TBI⁴⁰.

Ese enfoque lo consideramos errado. No negamos, ciertamente, que el Tribunal Arbitral debe interpretar y aplicar el TBI de acuerdo con el Derecho Internacional sobre Tratados⁴¹. Pero ese método es insuficiente, pues los Tratados no fueron diseñados para regular relaciones entre el Estado y los particulares. Esta particularidad, se advierte, no solo aplica al arbitraje basado en Tratados, pues es una condición común a los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos basados en Tratados, y que permiten dirimir controversias entre el Estado y los particulares a través del Derecho Internacional. En estos casos, la interpretación y aplicación del Tratado debe tomar en cuenta, también, a los principios generales de Derecho que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares, y que conforman el llamado *Ius Constitutionale Commune*.

⁴⁰ Ello permite diferenciar al arbitraje basado en Tratados del arbitraje basado en contratos, el cual sí puede concebirse como un mecanismo limitado de revisión de controversias económicas. Por ello, el arbitraje basado en Tratados, que es el tema abordado en este trabajo, debe tener un tratamiento especial.

⁴¹ Lo común es que los estándares de protección sean interpretados de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (por ejemplo, vid. laudo de 24 de marzo de 2016, asunto *Mesa Power Group, LLC vs. Canadá*, Arbitraje NAFTA de acuerdo con las reglas UNCITRAL, párrafo 232).

Para el caso del arbitraje internacional de inversiones esta conclusión es incluso más evidente, si se considera que (i) la mayoría de las controversias Estado-inversor tienen su origen en relaciones jurídico administrativas y (ii) los estándares de protección del inversor previstos en el Tratado coinciden con principios generales de Derecho Administrativo diseñados para regir a relaciones jurídico-administrativas. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral, al resolver controversias basadas en Tratados, debe enmarcar el caso a través de los principios generales de Derecho Administrativo, considerando que la controversia a resolver es, comúnmente, una controversia jurídico-administrativa⁴².

A partir de este enfoque, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo al arbitraje internacional de inversiones presentará las siguientes ventajas:

- En *primer* lugar, los principios generales de Derecho Administrativo permiten reducir la amplitud de ciertos estándares, contribuyendo así a la mayor certidumbre en la aplicación del Tratado. Esto es particularmente relevante para el estándar del trato justo y equitativo, todavía presente en buena parte de los TBIs que sirven de base para el arbitraje Estado-inversor. De manera especial, los principios generales de Derecho Administrativo pueden contribuir a la mejor interpretación del estándar de arbitrariedad, así como el principio de proporcionalidad, especialmente cuando se trata esos estándares se basan en relaciones jurídico-administrativas.

No obstante, el enfoque tradicional es interpretar esos estándares únicamente desde el Derecho Internacional Público. Por ejemplo, en el laudo recaído en el caso *Caratube International Oil Company LLP y otros vs. Kazakhstan*, asunto CIADI No. ARB/13/13, de 27 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral analizó si la terminación de un contrato público por la Administración Pública del Estado sede violaba los estándares del Tratado aplicable. Pese a tratarse de una disputa enmarcada en relaciones jurídico-administrativas, el Tribunal solo abordó el caso desde el Derecho Internacional Público⁴³. Asimismo, en el asunto *Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/14/21, de 30 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral analizó un complejo reclamo basado en relaciones jurídico-administrativas, en concreto, con ocasión a la emisión de un acto administrativo que afectaba el ejercicio de derechos mineros. A pesar de que el Tribunal concluyó que el acto administrativo era una expropiación indirecta, no aplicó ni consideró los principios generales de Derecho Administrativo⁴⁴.

Si esos casos hubiesen sido abordados desde la óptica de los principios generales de Derecho Administrativo, se hubiese podido interpretar más fácilmente los estándares aplicables, siempre de acuerdo con el Tratado que determinó la jurisdicción del Tribunal

⁴² Puede suceder que la controversia a resolver no sea jurídico-administrativa, sino que se trate de una controversia relacionada con otras funciones del Estado, como por ejemplo, la función legislativa o judicial. En estos casos, lo recomendable es tomar en cuenta los principios generales de Derecho Constitucional, que insistimos, constituyen la base de los principios generales de Derecho Administrativo.

⁴³ Párrafo 822.

⁴⁴ Párrafos 374 y ss.

Arbitral. Son esos principios –y no las normas y principios de Derecho Internacional Público– los que otorgan el marco de referencia general para resolver disputas público-privadas.

.- En *segundo* lugar, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo permite definir mejor el margen de apreciación que el Tribunal Arbitral debe respetar, especialmente tomando en cuenta que el Tratado suele no regular tal margen. Por lo tanto, la existencia y alcance del margen de apreciación podrá definirse de mejor manera a través de los principios generales que determinan el alcance del control sobre la Administración Pública, como sucede en especial con el principio de interdicción a la arbitrariedad, según ya vimos. De hecho, la reciente incorporación del derecho a regular en TBIs, parece apuntar a una tendencia conforme a la cual la presunción de conformidad con el Tratado cede en caso de medidas arbitrarias, siendo que la interpretación de arbitrariedad puede realizarse, de manera adecuada, a través del Derecho Administrativo Comparado.

.- Además, y en *tercer* lugar, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo podrá contribuir a la construcción del *Ius Constitutionale Commune*. En suma, estos principios solo podrán sistematizarse por medio del Derecho Comparado, que es precisamente la técnica por medio de la cual se propone construir una especie de Derecho Constitución Común, o como se ha señalado, una *Lex Mercatoria Publica*⁴⁵. En la medida que en el Derecho Internacional incorpore principios generales de Derecho Administrativo – y de Derecho Constitucional– se estará promoviendo a la creación de ese *Ius Commune*.

.- En *cuarto* lugar, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo fortalece la relación entre el Derecho Internacional de Inversiones y el Derecho Público doméstico. No se trata, como ha querido verse, de dos disciplinas independientes, pues en suma, el Derecho Internacional de Inversiones es resultado de la experiencia derivada del control del Estado a través del arbitraje internacional, mediante principios propios al *Ius Constitutionale Commune*. Ciertamente, el propósito inicial de los TBIs fue inicialmente otro –promover un marco favorable a la inversión extranjera directa– pero lo cierto es que, en la práctica, tales Tratados pueden contribuir a reforzar el Estado de Derecho en el espacio global.

.- Esta última conclusión permite resumir la *quinta* ventaja. Así, los estándares de protección del inversor previstos en Tratados constituyen una fuente del Derecho Administrativo doméstico que como tal, limita a la Administración Pública. Esto quiere decir que el principio de legalidad, por el cual la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, no solo se predica respecto del ordenamiento doméstico sino también respecto el Tratado, incluyendo al TBI. Por lo tanto, es necesario promover, académicamente, el estudio del TBI como fuente del Derecho Administrativo⁴⁶.

⁴⁵ Consúltase el proyecto de investigación del profesor Stephan Schill en <http://www.mpil.de/de/pub/forschung/archiv/erc-project.cfm>

⁴⁶ En Derecho Administrativo el Tratado es fuente de Derecho, en tanto ha sido incorporado al ordenamiento doméstico, típicamente mediante una Ley (Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Concepto y fuentes*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, pp. 345 y ss.). Precisamente, la Ley aprobatoria del TBI es fuente de Derecho Administrativo en tanto el TBI limita a la Administración Pública, siempre de acuerdo con su ámbito de aplicación.

.- La *sexta* y última ventaja es consecuencia del impacto del TBI como fuente del Derecho Administrativo doméstico. El TBI no solo cumple una función *ex post* respecto de la Administración Pública, a través de la aplicación de los estándares de protección previstos en el Tratado a su actividad o inactividad⁴⁷. Además, el TBI puede cumplir una función *ex ante*, en la medida en que el Tratado genera incentivos para que la Administración Pública ajuste su actividad a los estándares de protección del inversor, reduciendo la probabilidad de reclamos posteriores⁴⁸.

Lo particular de este efecto *ex ante* es que al incidir sobre la actividad administrativa, las consecuencias del TBI se difuminan, incluso, a las relaciones entre la Administración Pública y los inversores domésticos. De esa manera, si la Administración Pública ajusta su actividad a los TBIs, lo hará de manera general incluso respecto de la actividad administrativa desplegada en el marco de relaciones jurídicas con inversores domésticos. Como consecuencia de ello, los estándares de protección del inversor extranjero pueden difuminarse para pasar a ser, también, estándares de protección del inversor doméstico⁴⁹.

Los nuevos TBIs fortalecen este efecto *ex ante*, en la medida en que han reconocido estándares que van más allá de la protección tradicional del inversor. Pensemos en el estándar conforme al cual la Administración Pública debe sujetar su potestad reglamentaria al principio de transparencia. Así, de acuerdo con el artículo 12 del TBI suscrito entre el *Gobierno de la Región Administrativa Hong Kong de China y Chile (2016)*, el Estado se compromete a asegurar que las Leyes y normas, incluyendo las normas administrativas, relacionadas con el ámbito de aplicación del TBI, sean debidamente publicadas, garantizando en lo posible un procedimiento de consulta pública así como un período razonable de adecuación, entre otros estándares. La aplicación de este estándar incidirá en el ejercicio de toda la potestad reglamentaria, y no solo en la potestad desplegada respecto del inversor extranjero, pues en suma, la Administración Pública no puede diferenciar entre las normas que regirán a inversores extranjeros y las que aplicarán a inversores domésticos. Con lo cual, este estándar de protección incide sobre toda la Administración Pública⁵⁰.

Como puede apreciarse, no solo existen razones teóricas que justifican la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo al arbitraje internacional de inversiones. Además, hay razones prácticas que permiten apreciar cómo la aplicación de esos

⁴⁷ Por efecto *ex post* queremos aludir a la aplicación del TBI para establecer la responsabilidad de la Administración Pública por violación del TBI. Aquí el arbitraje, como sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa, cumple un fin revisor, en el sentido que el control es posterior.

⁴⁸ El efecto *ex ante* alude al impacto del TBI sobre la Administración Pública, en la medida en que ésta, para evitar condenas por violación del Tratado, ajusta su actividad a los estándares generales del Tratado, que nuevamente, son estándares que coinciden con principios generales de Derecho Administrativo.

⁴⁹ Por ejemplo, piénsese en la Administración Pública que, para evitar condenas en el marco del arbitraje internacional, ajusta su actividad expropiatoria a los estándares previstos en Tratados. Ello impactará sobre toda la actividad administrativa expropiatoria, incluyendo aquella que no se relaciona con inversores protegidos en el Tratado.

⁵⁰ Aun cuando este estándar solo aplica a la potestad reglamentaria dictada en materia de inversiones –sean domésticas o extranjeras– lo cierto es que puede impactar en general a toda la actividad reglamentaria, fortaleciendo de esa manera el principio de transparencia.

principios, dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, puede promover la mejor interpretación y aplicación del Tratado, incidiendo además sobre la Administración Pública, incluso, más allá del ámbito concreto del TBI. Esos efectos podrían considerarse externalidades positivas que demuestran consecuencias no deseadas por el Estado al momento de suscribir el Tratado. Pero lo cierto es que, en la práctica, el TBI ha pasado a formar parte de las fuentes del Derecho Administrativo, no solo en el espacio global sino incluso, en el propio ámbito doméstico.