

Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones

Economic regulation and international investment arbitration

José Ignacio Hernández G.

Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila

Investigador Visitante, Georgetown University

Diciembre de 2016

RESUMEN: Una de las mayores preocupaciones dentro del arbitraje internacional de inversiones, es cómo adecuar éste al derecho a regular del Estado sede. De esa manera, el arbitraje internacional de inversiones debe ser compatible con la potestad del Estado sede de regular la economía. Una manera de lograr ese objetivo, es enfocando a tal arbitraje desde el Derecho Administrativo Global.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional de inversiones; derecho a regular; Derecho Administrativo Global

ABSTRACT: One of the biggest concerns regarding international investment arbitration is the compatibility between such arbitration and the right to regulate. In this sense, international investment arbitration must be compatible with the exercise of the sovereignty of the State, in order to regulate the economy. One way of achieve this compatibility is focusing investment arbitration within Global Administrative Law.

KEY WORDS: International investment arbitration; right to regulate; Global Administrative Law.

SUMARIO:

Introducción

1. El arbitraje internacional de inversiones en el Derecho Administrativo Global

1.1. Preliminar. El Derecho Administrativo Global

1.2. El arbitraje internacional de inversiones dentro del Derecho Administrativo Global

2. El derecho a regular en el arbitraje internacional de inversiones

2.1. El concepto de derecho a regular

2.2. El derecho a regular y los estándares de protección

2.3. Mecanismos implementados para la protección del derecho a regular

a. La nueva redacción de los Tratados

b. La introducción de excepciones

c. El reconocimiento del margen de deferencia

2.4. Un ejemplo especial de deferencia: la tesis del poder de policía y el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay

2.5. La conveniencia de enfocar el derecho a regular desde el Derecho Administrativo Global

3. Conclusiones

Bibliografía

Lista de laudos arbitrales

Introducción

El estudio de la *regulación económica* en el *Derecho Administrativo Iberoamericano* es de reciente data. Debido a la influencia del Derecho Administrativo en Francia, Iberoamérica otorgó mayor relevancia al concepto de *policía administrativa*, y más en específico, al concepto de *policía económica*. No obstante, con ocasión a los procesos de liberalización desarrollados en Europa en la década de los ochenta del pasado siglo, el Derecho Administrativo Iberoamericano comenzó a recibir la influencia del Derecho Administrativo anglosajón, especialmente, en Estados Unidos de Norteamérica. Una de las influencias más notables en este sentido es la introducción, en el lenguaje del Derecho Administrativo Iberoamericano, de la expresión *regulación*.

El sentido exacto de esa expresión no siempre ha quedado claro, al punto que en muchas ocasiones, éste se confunde con el concepto de *policía económica*. Lo cierto es que la expresión *regulación* debe tener un significado propio, que pone en evidencia la *fundamentación económica* de las causas que justifican la intervención pública en la economía. Por ello, el análisis económico es la nota distintiva del concepto de *regulación* frente al concepto tradicional de *policía*.

Una de las ventajas de la introducción del concepto de *regulación* en el Derecho Administrativo Iberoamericano es que favorece el método del Derecho Comparado. Desde la perspectiva de la *regulación*, se facilita la comparación entre los modelos de Derecho Administrativo en Iberoamérica con el sistema de Derecho Administrativo anglosajón.

Ese método comparado es muy útil para el estudio del *Derecho Administrativo Global*, esto es, el conjunto de normas y principios que regulan a la *Administración Global* y establecen controles *globales* a la Administración doméstica. Desde esta perspectiva global, sobresale el interés del estudio de la *regulación* en el arbitraje internacional de inversiones.

De esa manera, actualmente se ha venido sosteniendo, en una tesis que compartimos, que el arbitraje internacional de inversiones es un control jurisdiccional internacional sobre la Administración doméstica, que promueve en el espacio global el Estado de Derecho. Por lo tanto, la actividad administrativa de *regulación* –denominada en este contexto el “derecho a regular”– queda sujeta no solo a controles domésticos sino también, a controles globales, especialmente, a través del arbitraje internacional de inversiones.

Este artículo aborda, precisamente, cómo el arbitraje internacional de inversiones es, actualmente, uno de los controles que aplican sobre la *regulación económica*. Para desarrollar este tema expondremos, en *primer* lugar, qué se entiende por “derecho a regular” dentro del Derecho Administrativo Global, para luego tratar, en *segundo* lugar, cuáles son los límites del arbitraje internacional de inversiones frente a ese “derecho a regular”.

1. El arbitraje internacional de inversiones en el Derecho Administrativo Global

Una de las constantes preocupaciones en el Derecho Internacional Público ha sido la defensa de la soberanía nacional para intervenir en la economía, especialmente, a fin de administrar recursos naturales. Tradicionalmente esta posición había sido defendida por Estados receptores de capital, como sucede con los países latinoamericanos. Como resultado de esa posición, en la segunda mitad del siglo pasado se defendió el “Nuevo Orden Económico Internacional”, basado en el establecimiento de límites a la aplicación del Derecho Internacional, en defensa de la soberanía doméstica para el diseño de políticas económicas, especialmente en temas tales y como minas e hidrocarburos¹.

Tal posición fue también evidente en el diseño de sistemas de resolución de disputas Estado-Inversor. Los Estados receptores de capitales fueron los primeros defensores del *trato nacional*, invocando la *doctrina Calvo*. De allí la oposición de Latinoamérica a la creación del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), en 1965².

La expansión del arbitraje internacional de inversiones, en la década de los noventa del pasado siglo, llevó a un cambio de perspectiva. Por un lado, Estados receptores de capital, que habían mantenido una posición hostil frente al Derecho Internacional de Inversiones, comenzaron a suscribir diferentes Tratados para la protección de inversiones, como sucedió con Latinoamérica. Además, Estados que tradicionalmente habían sido exportadores de capital –y que por ende, habían promovido la tesis del *trato internacional*- comenzaron a defender la necesidad de establecer restricciones al arbitraje, para proteger su soberanía doméstica. Fue en este contexto en el cual surgió la figura del “derecho a regular”, a fin de establecer límites al alcance del control del arbitraje internacional de inversiones³. Precisamente dentro de este contexto se sitúa el estudio del arbitraje en el marco del Derecho Administrativo Global.

1.1. Preliminar. El Derecho Administrativo Global

El estudio del Derecho Administrativo Global, disciplina de particular interés en Estados Unidos de Norteamérica y en Italia, es resultado del efecto de la globalización sobre los organismos internacionales. En efecto, durante el siglo XX comenzaron a surgir, en el plano internacional, distintos organismos encargados de realizar tareas similares a las que, en el orden doméstico, llevaban a cabo las Administraciones domésticas. Esto permitió postular la

¹ Sobre el Nuevo Orden, vid. CHRISTOPHER DUGAN, *et al*, *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, pp. 25 y ss.

² Véase recientemente a JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, y JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G. (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.

³ Para una perspectiva desde Latinoamérica, vid. NIGEL BLACKABY, “El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 1, 2004, Legis, Bogotá, pp. 17 y ss.

existencia del **Derecho Administrativo Internacional**⁴. Así, como señala Rivero, la existencia de un *Derecho Administrativo Internacional* en el ámbito de las organizaciones internacionales justifica la comparación y aproximación de los distintos ordenamientos jurídico-administrativos⁵. Esas organizaciones -como la Organización de Naciones Unidas (ONU), por ejemplo- cuentan con su propio ordenamiento, en cuyo seno es posible encontrar una actividad cercana o próxima a la actividad administrativa, incluso, con mecanismos internos de control⁶.

La globalización implicó la multiplicación de estos organismos internacionales, que pasaron a ser un complejo amplio y heterogéneo de figuras subjetivas que llevaban a cabo una actividad similar a la actividad administrativa, típicamente, al establecer reglas, condiciones y limitaciones al desempeño de actividades. Junto a esos organismos surgieron también otros organismos internacionales dedicados al control de los Estados y de sus Administraciones. Esto ha hecho que, actualmente la "sociedad internacional" sea un conjunto mucho más amplio, complejo y heterogéneo⁷.

Esa relación entre el Derecho Administrativo y la globalización ha sido considerada para postular la existencia del **Derecho Administrativo Global**⁸, de acuerdo con los postulados condesados por Kingsbury, Nico y Stewart⁹, y tratados también por Cassese, entre otros

⁴ En Venezuela, vid. J.M. HERNÁNDEZ-ROD, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Tomo I, segunda edición, Las Novedades, Caracas, 1943, pp. 45 y ss. Uno de los primeros trabajos en este sentido es de GASCÓN Y MARÍN, "Les transformations du droit administratif international", en *Recueil des cours. Vol. 34*, Academia de Derecho Internacional de Las Haya, 1930, pp. 1 y ss. La base del estudio de Gascón y Marín fue la identificación de una *actividad administrativa internacional* (p. 21). Es decir, que dentro de las organizaciones internacionales (entre otros, el autor alude al ejemplo de la Organización Internacional del Trabajo) se identificó a un órgano que podía equipararse -por analogía con el Derecho doméstico- como Poder ejecutivo (pp. 34 y ss.).

⁵ JEAN RIVERO, *Curso de derecho administrativo comparado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 34. En sentido similar, vid. FRANCESA BIGNAMI, "Comparative administrative law", en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 145-170. Véase sobre esto a Jean-Paul Costa, "Institutions internationales et Droit administratif comparé", en *Revue internationale de droit comparé. Vol. 41, N°4*, París, 1989, pp. 915-918.

⁶ Aun cuando la expresión "Derecho Administrativo Internacional" puede tener otras connotaciones, es esta la acepción que nos luce más rigurosa. Véase sobre ello a EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional", en *La transformación del Derecho administrativo*, Global Press, 2008, pp. 103 y ss. Un ejemplo son las figuras subjetivas existentes en organizaciones internacionales cuya función es controlar la legalidad de la actuación de esas organizaciones de cara a su propio ordenamiento. Se cita, entre otros, el ejemplo de los "tribunales administrativos" creados para resolver controversias de los funcionarios de tales organizaciones. Cfr.: PABLO FERNÁNDEZ LAMELA, *Introducción al Derecho administrativo internacional*, Editorial Novum, México D.F., 2012, pp. 30 y ss. Una revisión sobre la "internacionalización" del Derecho Administrativo, en contraposición a su carácter interno, en AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, Buenos Aires, p. III-3. Del autor, asimismo, vid. "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", en *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 83 y ss.

⁷ SABINO CASSESE, *The Global Polity*, Global Press Law, Sevilla, 2012, pp. 15 y ss. Sobre esta transformación del Derecho Internacional Público, vid. GUS VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 97 y ss.

⁸ Dentro de los muchos estudios e investigaciones en la materia, destaca la labor realizada desde la Universidad de Nueva York, a través del *Proyecto de Derecho Administrativo Global* de su *Instituto para el Derecho Internacional y la Justicia*. La página del Proyecto contiene abundante información en esta materia: <http://www.iijl.org/gal/default.asp> [Consulta 08.07.15]. En la explicación o fundamentación del Proyecto, se pone en evidencia cómo la calificación del "Derecho Administrativo Global" parte de la caracterización de la actividad que ciertas organizaciones despliegan en el espacio global: "Buena parte de la gobernanza global puede ser entendida como una Administración regulatoria. Esa Administración suele estar organizada y estructurada bajo principios del Derecho Administrativo. Trabajando en estas dos ideas, podemos argumentar que un cuerpo de Derecho administrativo global está emergiendo. Se basa en los principios de transparencia, participación, revisión, y sobre todo, rendición de cuentas ("accountability") en la gobernanza global".

⁹ BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH, y RICHARD B. STEWART, "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 JULI PONCE SOLÉ, (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010. En Venezuela, véase

autores¹⁰. En resumen, esa expresión quiere resumir cómo la globalización ha impactado en el Derecho Administrativo.

De esta manera, una de las primeras reflexiones en relación con el impacto de la globalización sobre el Derecho Administrativo fue realizada por Alfred Aman¹¹. Entonces, la preocupación principal residía en las consecuencias de la globalización en el gobierno, la gobernanza democrática y la rendición de cuentas, o *accountability*. En efecto, el surgimiento de un ordenamiento global con “autoridades” igualmente globales¹² cuyo origen, sin embargo, no era democrático, llevó a considerar cómo los principios de gobernanza democrática y rendición de cuenta podían cobrar vigencia en ese ámbito global. Se entendió entonces que era útil enfocar la actividad de esas autoridades a través del Derecho Administrativo, en tanto uno de sus objetivos es, precisamente, garantizar la gobernanza democrática y la rendición de cuentas. En suma, la aplicación del Derecho Administrativo pretendía cubrir lo que Shapiro denominó el “problema democrático”¹³, o lo que Aman calificó como el “déficit democrático”¹⁴.

Continuando con estas reflexiones, Kingsbury, Nico y Stewart¹⁵ observaron cómo, en el ámbito global, esas autoridades –de formación heterogénea– podían ser caracterizadas como **Administraciones Globales**, en tanto llevan a cabo una actividad concreta para atender las necesidades específicas del ordenamiento global, esto es, una actividad de regulación similar a la actividad administrativa en el orden doméstico¹⁶. En tal sentido, la construcción del Derecho Administrativo Global se basó en el método comparado, al definirse la actividad de

el completo trabajo de JOSÉ ANTONIO MUCI-BORJAS, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Véase también recientemente el libro *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa* (Cameron May, 2010) coordinado por JAVIER ROBALINO-ORELLANA y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. Véase igualmente a BENEDICT KINGSBURY, y MEGAN DONALSON, “Global Administrative Law”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume IV*, Oxford University Press, 2012, pp. 468 y ss. Véase también a BENEDICT KINGSBURY, y RICHARD STEWART, “Introducción: ¿hacia el Derecho Administrativo Global? Trayectorias y Desafíos”, en BENEDICT KINGSBURY, y RICHARD STEWART, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, 2015, editado por Javier Barnes, pp. 57 y ss.

¹⁰ SABINO CASSESE, “Is there a Global administrative Law?”, en *The exercise of public authority by international institutions*, Springer, 2010, pp. 761 y ss.

¹¹ ALFRED C. AMAN, “Introduction: Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law Symposium,” en *Indiana Journal of Global Legal Studies. Volume 8, Issue 8*, 2001, pp. 341 y ss. Véase nuestro trabajo previo JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., “El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, Nº 16*, 2012, pp. 197 y ss.

¹² En el contexto de la regulación económica, estas autoridades, como explicó SLAUGHTER, pueden adquirir distintas formas: desde redes de organizaciones transgubernamentales hasta acuerdos entre autoridades domésticas. Cfr.: “Governing the Global Economy through Government Networks”, en *The Role of Law in International Politics*, Oxford, 2001, pp. 177 y ss. De la autora, véase también “The Accountability of Government Networks”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 8, Nº 2*, 2001, pp. 347 y ss.

¹³ Esto es, el problema derivado de la falta de legitimidad democrática de esas autoridades. Cfr.: MARTIN SHAPIRO, “Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance,” en *Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 8-Issue 2*, 2001, pp. 369 y ss.

¹⁴ Un déficit que podría ser cubierto por una “democracia administrativa”, es decir, la aplicación del Derecho Administrativo en un contexto global para promover la transparencia y la participación. Vid.: ALFRED C. AMAN, “The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance” en *Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 8- Issue 2*, 2001, pp. 379 y ss. Puede verse igualmente a TOM ZWART, “Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?”, en *Values in Global administrative law*, Hart Publishing, 2011, pp. 193 y ss.

¹⁵ BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH, NICO y RICHARD B. STEWART, “The emergence of Global Administrative Law”, cit.

¹⁶ Véase igualmente a JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS, *El Derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit., pp. 45 y ss.

la Administración Global con base en el concepto doméstico –propio de Estados Unidos- de regulación, o sea, la intervención administrativa que limita actividades empresariales.

Todo ello ha llevado a Sabino Cassese a opinar que el Derecho Administrativo Global es actualmente el mayor desarrollo en el campo del Derecho público, en tanto trasciende del ámbito natural de los Estados, incluso, en el ámbito internacional¹⁷.

1.2. El arbitraje internacional de inversiones dentro del Derecho Administrativo Global

Después de la segunda guerra mundial, la relación entre el Estado y los inversores comenzó a estar dominada por los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs). Así, el TBI es un Tratado que, con el propósito de promover el flujo de inversiones entre los Estados signatarios, cubre tres grandes temas¹⁸: (i) la definición de los **conceptos de inversor e inversionista**; (ii) el reconocimiento de **estándares de protección del inversor frente a la actividad del Estado sede**¹⁹, y (iii) la **definición de reglas adjetivas de solución de disputas Estado-inversor**. La globalización promovió, en la década de los noventa, el auge de los TBIs, principalmente en Latinoamérica. Asimismo, comenzaron a surgir otros Acuerdos que, en el marco de procesos de integración, también establecieron reglas de protección de inversiones (llamados Acuerdos Internacionales de Inversiones, "AII")²⁰.

De todo ello surgió el incremento notable de los casos de arbitraje internacional, especialmente en el contexto del CIADI. Como resultado de lo anterior, se generó una posición adversa al arbitraje internacional, ante la preocupación de los Estados de que tal expansión pudiese afectar el diseño y ejecución de políticas económicas como derivación de la soberanía doméstica. Lo curioso es que ese resultado fue común a dos grupos de Estados que, tradicionalmente, habían estado en una posición antagónica.

¹⁷ SABINO CASSESE "What is Global Administrative Law and why study it?", en *Global administrative law: an Italian perspective*, RSCAS PP 2012/04. Robert Schuman Centre For Advanced Studies Global Governance Programme, 2012, pp. 1 y ss.

¹⁸ CAMPBELL MCLACHLAN, et al, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2008, pp. 25 y ss.

¹⁹ Los TBIs fueron una respuesta a las dificultades por precisar un estándar mínimo consuetudinario, con lo cual, se optó por enumerar un listado de estándares en el Tratado. Por ello, en la primera parte de este capítulo explicamos que la discusión sobre la existencia de ese estándar mínimo consuetudinario, hoy día, carece de tanta relevancia. Cfr.: CHRISTOPHER DUGAN, et al, *Investor-State Arbitration*, cit., pp. 82 y ss. También, vid. BISHOP, DOAK, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, pp. 31 y ss. Puede consultarse igualmente el trabajo de LUIS ALBERTO ERIEZE, "La protección de inversiones y el arbitraje internacional", en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 2, Legis, Bogotá, 2009, pp. 61 y ss. En Venezuela, entre otros, vid. TATIANA MAEKELT, "Tratados Bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 325 y ss. y JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS, *El Derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit., pp. 111 y ss.

²⁰ CHRISTOPHER DUGAN, et al, *Investor-State Arbitration*, cit., pp. 52 y ss. y SALACUSE, JESWALD W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, pp.103 y ss. Especialmente, vid. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 172 y ss.

En efecto, por un lado, los Estados tradicionalmente exportadores de capital comenzaron a ser también Estados sede de la inversión, y sujetos por ello a los TBIs.²¹ Un caso paradójico es Estados Unidos: siendo un país exportador de capitales que defendió el estándar mínimo internacional, comenzó a actuar también como Estado sede, lo que implicó su sometimiento a las limitaciones de los TBIs²². Como resultado de ello, Estados Unidos ha promovido la reformulación de los TBIs, a fin de reducir la ambigüedad y generalidad de esos Tratados²³.

Pero por el otro lado, los Estados receptores de capital, y especialmente, los países de Latinoamérica, expresaron su preocupación ante el incremento del control del arbitraje internacional, al considerar que ello lesionaba su soberanía. Esta preocupación fue evidente luego de la crisis de Argentina de inicios del siglo XXI, en tanto esa crisis evidenció que el arbitraje basado en Tratados no se limita a la solución de controversias contractuales, sino que también se extiende a controversias extracontractuales, basadas en el ejercicio de poderes públicos, especialmente, por parte de las Administraciones domésticas²⁴.

Ambas visiones no solo evidenciaron cómo la distinción entre Estados receptores de capital y Estados exportadores de capital se había difuminado. Además, esas visiones permitieron formar un punto común: el arbitraje internacional de inversiones no cuenta con el marco institucional adecuado para revisar políticas públicas del Estado sede, traducidas principalmente en la intervención administrativa sobre la economía. Una posición extrema, incluso, ha llegado a denunciar la “crisis de legitimidad” de ese arbitraje²⁵. Algunos países de Latinoamérica han reaccionado a esta evolución reivindicando la doctrina Calvo²⁶. Particularmente es el caso de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012)²⁷, que denunciaron el Convenio CIADI, principalmente, considerando que las políticas económicas no podían someterse a arbitraje internacional²⁸.

Frente a estas críticas ha surgido otra posición que, sin negar ajustes necesarios en ese sistema, reconoce sus bondades. La base de esos ajustes consiste en un cambio de perspectiva: el arbitraje internacional de inversiones, en especial, bajo el Convenio CIADI, no puede valorarse como una derivación del arbitraje internacional comercial. Antes por el contrario, **debe valorarse como un mecanismo de Derecho Público que regula**

²¹ También los TBIs comenzaron a suscribirse entre Estados que, tradicionalmente, eran receptores de capitales, en lo que se ha llamado relaciones sur-sur. Cfr.: ROBERTO ECHANDI, “What do developing countries expect from de international investment regime?”, en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011, pp. 3 y ss.

²² KENNETH VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties. History, policy and interpretations*, Oxford University Press, 2010, pp. 72 y ss.

²³ MARK KANTOR, “Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty”, en *ICSID Review N° 27*, 2012, pp. 335 y ss.

²⁴ JOSÉ ÁLVAREZ y KATHRYN KHAMSI, “The Argentine Crisis and Foreign Investor”, en *The Yearbook of International Investment and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, 2009, pp.379 y ss. En general, vid. KATE MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, pp. 322 y ss.

²⁵ GUS VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit., pp. 45 y ss.

²⁶ BERNARDO M. CREMADES, “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, en *Business Law International N° 7*, 2006, pp. 53 y ss.

²⁷ En general, vid. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas, 2012, pp. 205 y ss. En cuanto a los aspectos jurídicos de esa denuncia, vid. GONZALO RODRÍGUEZ CARPIO, *La denuncia del Convenio CIADI: efectos y soluciones jurídicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 40 y ss.

²⁸ CATHERINE TITI, “Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas”, en *Arbitration International Law N° 30*, 2014, pp. 357 y ss.

relaciones entre el Estado y los inversores. Con lo cual, el estudio institucional de ese arbitraje debe ser de Derecho Público, es decir, de Derecho Constitucional y Administrativo Comparado²⁹.

Así, como afirma Schill, los TBIs deben ser concebidos como mecanismos de control externo sobre el Estado que tienden a promover el Estado de Derecho. Con lo cual, concluye el autor, es preciso interpretar ese sistema de arbitraje tomando en cuenta los principios comparados de Derecho Público³⁰. En sentido similar ha observado Brown que el arbitraje internacional de inversiones permite el control jurisdiccional y la revisión de las políticas públicas adoptadas por el Estado en ejercicio de su soberanía, con lo cual ese arbitraje tiene un claro carácter de Derecho Público³¹.

Esta es la visión que compartimos. Sin duda, para que el arbitraje internacional de inversiones pueda desarrollarse adecuadamente como un sistema de control jurisdiccional internacional sobre el Estado sede y su Administración, es necesario antes nada un cambio de visión. Y ese cambio de visión pasa por considerar a tal arbitraje desde el Derecho Administrativo Global. De esa manera, ese arbitraje deriva en controles externos que inciden sobre el Estado sede y en especial, sobre su Administración. Por ello, ese arbitraje debe tomar en cuenta no solo el Tratado aplicable sino también a los principios generales del Derecho Administrativo Comparado que constituyen fuente de Derecho Internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esto es especialmente relevante en el marco del arbitraje organizado bajo el Convenio del CIADI, en tanto se trata de un arbitraje especializado en la resolución de controversias entre el Estado y el inversor³².

²⁹ Principalmente, vid. THOMAS WÄLDE, "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: Ways out of the Legitimacy Crisis?", tomado de <<http://www.iilj.org/research/documents/if2010-11.schill.pdf>> [Consulta: 23.07.2014]. La adopción del método de Derecho Público Comparado para encuadrar conceptualmente el arbitraje, es considerado un factor que aminora la crisis de legitimidad. Vid. HOWARD MANN, "Civil society perspectives: what do the stakeholders expect from the international Investment regime?", en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, cit. pp. 22 y ss.

³⁰ STEPHAN W SCHILL, "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.

³¹ A pesar de lo cual, observa Brown que el marco institucional y procesal del arbitraje sigue modelos del arbitraje comercial. Cfr.: CHESTER BROWN, "Procedure in Investment Treaty arbitration and the relevance of Comparative Public Law", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., pp. 659 y ss.

³² En cuanto al estudio del arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho Administrativo Global, entre otros, vid. GUS VAN HARTEN, y MARTI LOUGHLIN, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law" en *European Journal of International Law* N° 17, 2006, pp. 121 y ss. Véase también, en Venezuela, a JOSÉ ANTONIO MUCI-BORJAS, "Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho administrativo global", en *Revista de Derecho Público* N° 122, Caracas, 2010, pp. 71 y ss. Antes hemos analizado este punto en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., "El arbitraje internacional de inversiones, la intervención administrativa en la economía y el Derecho administrativo global", en *XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho administrativo y proceso*, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 497 y ss.

2. El derecho a regular en el arbitraje internacional de inversiones

La expansión del arbitraje internacional de inversiones, especialmente en el presente siglo, ha generado la preocupación por parte de los Estados sede de la inversión, acerca de cómo puede ello afectar el ejercicio de su soberanía para intervenir en la economía. Esta preocupación, como vimos, es generalizada, ante la difusión de la distinción entre los Estados exportadores de capitales y los Estados importadores de capitales.

A fin de describir la soberanía del Estado sede que le permite intervenir en la economía, se ha acuñado la expresión “derecho a regular”. De esa manera, uno de los tópicos de mayor actualidad en el arbitraje internacional de inversiones es definir los mecanismos necesarios para proteger ese derecho a regular, de acuerdo con lo que explicaremos en esta sección.

2.1. El concepto de derecho a regular

El “derecho a regular” equivale al concepto de regulación que, según explicábamos en la introducción, ha sido recibido en el Derecho Administrativo Iberoamericano desde el Derecho de Estados Unidos de Norteamérica. Así, el Derecho Administrativo basado en el régimen administrativo francés, como sucede en general con el Derecho Administrativo Iberoamericano, formó el concepto de *policía administrativa*, esto es, la actividad de la Administración que restringe la libertad general del ciudadano en defensa del orden público. Como propuso Mayer, ese concepto se asumió con un claro sentido negativo, a partir de la preservación de bienes jurídicos como salubridad, seguridad y paz: salvo prohibiciones de orden público, el ciudadano podrá ejercer su libertad de acuerdo con su autonomía³³. La ampliación de los cometidos del Estado llevó a ampliar el concepto de orden público y de policía, lo que permitió aludir al concepto de “policía económica”³⁴. De esa manera, por policía económica se entiende la actividad que restringe el ejercicio de la libertad económica, no solo mediante prohibiciones sino también a través de órdenes y mandatos de hacer.

Cierto sector de la doctrina cuestionó la ampliación del concepto de policía económica, al entender que bajo el “orden público económico”, el concepto se había extendido a tal punto que perdía todo significado³⁵. Por ello, frente a la figura de la policía propia del régimen administrativo francés, otro sector propuso seguir a la dogmática alemana, que alude – acertadamente – a la actividad de limitación, como aquella que se orienta a restringir la libertad general del ciudadano, a consecuencia de lo cual (i) requiere de expresa habilitación legal y (ii) es siempre de interpretación restrictiva³⁶.

³³ OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, Tomo II, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1950, p. 28.

³⁴ GERARD FARJAT, “La enseñanza de medio siglo de derecho económico”, *Estudios de Derecho económico*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980, pp. 7 y ss.

³⁵ Es fundamental el estudio crítico efectuado por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, “El estudio de la Administración económica”, en *Revista de Administración Pública número 50*, Madrid, 1966, pp. 51-81.

³⁶ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 178 y ss.

Ahora bien, a finales de la década de los noventa del pasado siglo, la doctrina española, retomando las críticas al concepto tradicional de policía económica, introdujo en el Derecho Administrativo un concepto desconocido en el régimen administrativo: la **regulación económica**. Las transformaciones del Derecho Administrativo derivadas del Derecho Comunitario Europeo, en el contexto de las políticas de liberalización que se adoptaron desde la década de los ochenta del pasado siglo, conllevaron a mayores exigencias por la *juridificación* de la actividad administrativa y, por ende, a mayores exigencias de respeto a la libertad general del ciudadano, especialmente, en su dimensión económica. Gaspar Ariño Ortiz³⁷, en este contexto, al proponer la tesis “nuevo servicio público”, insistió en la necesidad de enfocar la tradicional actividad de policía desde la perspectiva de la regulación y los fallos de mercado, según esa tesis ha sido formulada en Estados Unidos de Norteamérica³⁸, especialmente, con ocasión de revisar la intensidad tradicional de la intervención del Estado en la economía.

De esa manera, el concepto de **regulación** es coincidente con el de **limitación**. La diferencia debe apreciarse en la fundamentación de una y otra forma de intervención del Estado: mientras que la fundamentación de la actividad de limitación –como sucede con la actividad de policía– es principalmente jurídica, la fundamentación de la actividad de regulación es principalmente económica. Por ello, la actividad administrativa de regulación económica se define como la actividad de limitación sobre la libertad económica justificada por fallos de mercado que impiden el funcionamiento eficiente del libre mercado. De tal manera, el concepto de regulación reconoce que el intercambio de bienes y servicios debe basarse en el libre mercado, salvo cuando éste no pueda garantizar con eficiencia ese intercambio, caso en el cual el Estado debe intervenir, a través de la Administración, regulando las actividades económicas³⁹.

Ahora bien, en Derecho Administrativo, la regulación abarca a cualquier forma de intervención del Estado que, a partir de ese análisis económico, impone límites al ejercicio de actividades empresariales. Esto abarca tanto el poder de regulación traducido en Leyes, como la potestad de regulación, traducida en los actos –normativos o particulares– de la Administración, por medio de los cuales ordena y limita el ejercicio de actividades empresariales.

De allí que la expresión “derecho a regular” alude a cualquiera de estas formas de intervención del Estado en la economía. Por lo tanto, la expresión “derecho a regular”

³⁷ Vid. GASPARIÑO ORTIZ, y JUAN CARLOS CASSAGNE, *Servicios Públicos, regulación y renegociación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2004, pp. 9 y ss.

³⁸ Véase el temprano trabajo de JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N°92, 1996, pp. 567 y ss. Además, vid. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La regulación económica”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 186 y ss.

³⁹ STEPHEN BREYER, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982. Seguimos aquí lo tratado en José IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006. Para un completo tratamiento de ello, vid. JUAN DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss

empleada en el Derecho Internacional de Inversiones hace referencia, precisamente, a la intervención del Estado en la economía, como manifestación de su soberanía.

2.2. El derecho a regular y los estándares de protección

La aplicación de los estándares de protección previstos en los TBIs generó una preocupación en cuanto al efecto de esos estándares sobre el derecho a regular. Así, estos estándares son garantías reconocidas en el Tratado a favor del inversor y que, por ende, limitan el llamado derecho a regular, con lo cual, esos estándares son, también, estándares de revisión de la actividad del Estado sede, y muy especialmente, de revisión de su actividad administrativa⁴⁰.

Esos estándares pueden ser absolutos –cuando no requieren un término de comparación– o pueden ser relativos –cuando requieren un término de comparación, como sucede con el estándar que prohíbe la discriminación. También, es posible clasificar a los estándares según sean expropiatorios y no expropiatorios, o sea, referidos a formas de intervención del Estado distintas a la expropiación. Finalmente, el estándar expropiatorio puede abarcar la expropiación directa –cuando el Estado expropia bienes por medio de la correspondiente decisión administrativa– o la expropiación indirecta –cuando el Estado no adquiere coactivamente la propiedad, pero impone limitaciones que vacían a esta de cualquier efecto útil⁴¹.

Las primeras versiones de los TBIs reconocieron estándares en términos muy amplios, todo lo cual otorgaba al Tribunal Arbitral un amplio margen de apreciación. El mejor ejemplo es el estándar del “trato justo y equitativo”, de acuerdo con el cual, el Estado “*garantizará un tratamiento justo y equitativo*”. La indeterminación de ese estándar ha llevado a largas discusiones sobre cuál es su relación con el estándar mínimo internacional, esto es, con las garantías del inversor derivadas de la costumbre internacional. Asimismo, en la jurisprudencia arbitral, ese estándar ha sido interpretado a partir de principios generales tales y como la proporcionalidad y la confianza legítima⁴². Otro buen ejemplo es el estándar de expropiación indirecta, que permite calificar como expropiación a aquella regulación que sin ordenar la adquisición coactiva del bien, desnaturaliza la propiedad privada⁴³.

La amplitud de estos estándares generó el riesgo de sustitución del Tribunal Arbitral en decisiones propias del Estado sede, en cuanto a la forma y contenido con el cual la economía es regulada. Esto es, el riesgo de que el arbitraje internacional de inversiones pudiese

⁴⁰ Sobre los orígenes y problemas conceptuales en torno a los “estándares”, vid. ALEXANDRA DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012, pp. 18 y ss.

⁴¹ Cfr.: CAMPBELL MCLACHLAN, *et al*, *International Investment Arbitration*, cit., pp. 25 y ss.

⁴² KATIA YANNACA-SMALL, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 111 y ss. Véase también a ROLAND KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 262-265.

⁴³ Todo lo cual impone la difícil tarea de diferenciar la regulación de las restricciones que generan un efecto expropiatorio. Cfr.: CAROLINE HENCKELS, “Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration”, en *Journal of International Economic Law, Volumen* , N° 15, 2012, pp. 244 y ss.

desconocer el “derecho a regular”⁴⁴. Como se afirmó en la *Agenda de Acción de Addis Ababa*, suscrita en el marco de la Tercera Conferencia de la Organización de Naciones Unidas del Financiamiento para el Desarrollo (Julio 2015):

“El objetivo de proteger y promover la inversión no debe afectar nuestra habilidad de proteger nuestros objetivos de políticas públicas. Vamos a incentivar la confección de acuerdos de comercio e inversión con apropiadas garantías que impidan limitaciones a las políticas domésticas y a la regulación en beneficio del interés público ...”.

De esa manera, puede afirmarse que uno de los consensos actuales en las propuestas de reforma del arbitraje internacional de inversiones es, precisamente, establecer un sistema equilibrado entre tal arbitraje y la regulación. En la sección siguiente explicaremos algunos de los mecanismos a los cuales se ha acudido para atender a este propósito.

2.3. Mecanismos implementados para la protección del derecho a regular

A los fines de proteger el ejercicio de la soberanía del Estado sede para intervenir en la economía, o “derecho a regular”, se han adoptado, básicamente, tres mecanismos: (i) se ha modificado la redacción de los TBIs, a los fines de reducir el ámbito de aplicación de los estándares de revisión; (ii) se han incluido, dentro de los Tratados, excepciones relacionadas con las medidas de regulación adoptadas en áreas de interés público, y (iii) la jurisprudencia ha reconocido la existencia de un margen de deferencia a favor del Estado sede.

a. La nueva redacción de los Tratados

Como antes veíamos, la redacción de los TBIs y AAIIs ha cambiado, a fin de detallar el alcance de los estándares de revisión, reduciendo consecuentemente su ámbito de aplicación. Como resultado de ello, el estándar del trato justo y equitativo suele no incorporarse o, en su caso, limitarse a las garantías derivadas del estándar mínimo derivado

⁴⁴ Vid. ALEX MILLS, “The public-private dualities of international investment law and arbitrator”, en CHESTER BROWN y KATE MILES (editores), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, pp. 97 y ss. La expansión de los TBIs, aunado a su carácter indeterminado –conforme al modelo difundido en el pasado siglo- ha llevado a ciertos Estados a cuestionar en que medida esos Tratados interfieren en el ejercicio de las funciones públicas de intervención en la economía, o sea, en la actividad regulatoria del Estado. De allí el planteamiento de acotar los estándares de revisión para respetar el “derecho a regular”, también conocido como “espacio regulatorio”. Uno de los puntos de reforma del sistema de solución de controversias entre el Estado y el inversor se basa, precisamente, en la necesidad de respetar ese “derecho”. Cfr.: 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. La UNCTAD adelanta un proyecto de revisión integral de los AIIIs basado en cinco áreas: (i) proteger el “derecho a regular”; (ii) mejorar los sistemas de resolución de disputas Estado-inversor; (iii) promover y facilitar la inversión; (iv) asegurar inversiones responsables y (v) procurar la consistencia sistemática del sistema de AIIIs. Vid.: [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1208&Sitemap_x0020_Taxonomy=UNCTAD%20Home;#607;#International Investment Agreements \(IIA\)](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1208&Sitemap_x0020_Taxonomy=UNCTAD%20Home;#607;#International%20Investment%20Agreements%20(IIA)) [Consulta 04.08.16].

de la costumbre internacional, todo lo cual reduce su ámbito de aplicación, al elevar el tipo de violación al Tratado que puede dar lugar a la declaratoria de incumplimiento de tal estándar.

Pero estos Tratados han cambiado, también, a fin de abordar materias que exceden de los estándares de protección. Un ejemplo interesante de este nuevo modelo de Tratado es el *Acuerdo de cooperación y de facilitación de las inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos*, de 2015. En tal Tratado encontramos, con un lenguaje más depurado, estándares comunes en TBIs. Pero además se han incorporado deberes que van más allá de esos estándares tradicionales, como el **deber de transparencia** previsto en su artículo 8:

“1. De conformidad con los principios del presente Acuerdo, cada Parte asegurará que todas las medidas que afecten a la inversión sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial, de conformidad con su ordenamiento jurídico (...).”

Este deber de transparencia incidirá en la toma de decisiones regulatorias por el Estado sede, lo que tendrá un impacto más allá de la relación con el inversor, al favorecer la gobernanza democrática dentro del Derecho Público doméstico. Otro aspecto relevante de estos Tratado es que incorporan **deberes de responsabilidad social corporativa**. De conformidad con el artículo 13:

“1. Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo”

Este deber, además de exceder de la concepción tradicional de los estándares de protección, apunta a un cambio importante en los AIIs, los cuales pasan a imponer deberes al inversor, en este caso referidos a promover el desarrollo sustentable. Esto tiende a equilibrar el control sobre el derecho a regular con los deberes que el Tratado impone al inversor, todo lo cual genera problemas nuevos, ante las consecuencias derivadas del cumplimiento de tales deberes, los cuales pueden limitar a inversor, como sucede con la cláusula del desarrollo sustentable.

b. La introducción de excepciones

Otra técnica orientada a proteger el derecho a regular es la incorporación, dentro del Tratado, de excepciones inspiradas en el artículo XX del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (“GATT”, por sus siglas en inglés). Así, para proteger el llamado “derecho a regular”, recientes Tratados han incorporado excepciones inspiradas en ese artículo, y conforme a las cuales las medidas del Estado sede adoptadas en determinadas

materias no podrán ser consideradas una violación al Tratado, salvo cuando sean medidas arbitrarias⁴⁵.

El resultado de ello es que el Estado sede, al ejercer su soberanía o derecho a regular, podrá invocar las causas de interés público incluidas en esas excepciones, como la protección a la salud. Con ello, logrará establecer una suerte de *presunción de conformidad con el Tratado*, en el sentido que el inversionista tendrá que acreditar que la regulación, o bien no atiende a ese fin, o bien resulta una medida arbitraria.

c. El reconocimiento del margen de deferencia

Otra de las vías para proteger el derecho a regular es reconociendo el margen de deferencia que el Tribunal Arbitral debe mantener frente al Estado sede⁴⁶. El margen de deferencia alude a los límites que el Tribunal Arbitral debe respetar para no sustituirse en el ejercicio del derecho a regular por parte del Estado sede. No existe claridad sobre cuál debe ser tal margen, existiendo al respecto diversas teorías que tratan de explicar cuál es el origen y alcance de ese margen de deferencia.

— Así, y en *primer* lugar, la existencia del margen de deferencia ha sido justificada en el principio de separación de poderes, argumentándose que el Tribunal Arbitral no puede invadir el ejercicio de las funciones propias del Estado sede⁴⁷.

— En *segundo* lugar, otros autores proponen un estudio comparado con otras formas de resolución de conflicto en el ámbito internacional, como sucede con la doctrina del “margen de apreciación” reconocida por Tribunales de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸. Esa doctrina ha sido empleada, asimismo, en otros ámbitos del Derecho Económico Internacional⁴⁹. Bajo esta premisa, la doctrina del “margen de deferencia” ha sido ocasionalmente admitida en el arbitraje internacional de inversiones⁵⁰.

⁴⁵ CATHERINE TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, 2014, pp. 35 y ss. Entre otros, véase el TBI entre Canadá y Serbia, de 1 de septiembre de 2014. Su artículo 18 contempla una excepción que permite adaptar decisiones para atender ciertos objetivos (como proteger la salud), solo si esas medidas son aplicadas de manera tal que no representen una medida arbitraria o discriminatoria.

⁴⁶ Véase a CATHERINE TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, cit.

⁴⁷ STEPHAN W. SCHILL, “International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction”, cit. Se ha observado, sin embargo, que la separación de poderes es una regla de organización del Estado, que no puede trasladarse sin más al ámbito internacional. Vid. TODD WEILER, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 331 y ss.

⁴⁸ Entre otros, véase a WILLIAM BURKE-WHITE y ANDREAS VON STADEN, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, en *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., p. 702. A Una referencia común sobre el margen de apreciación es la obra de YUTAKA ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* Intersentia, 2002, pp. 3 y ss. Véase igualmente a FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 51 y ss.

⁴⁹ El margen de apreciación es empleado también en el estudio de los estándares de revisión en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Cfr.: MATTHIAS OESCH, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2003, pp. 14 y ss. Véase también a YUVAL SHANY, “Toward a General Margin of

— En *tercer* lugar, hay tesis que aluden, directa o indirectamente, a la “doctrina de la deferencia”, tomando en cuenta el tipo de actuación del Estado sede que es susceptible de violar los estándares de revisión del TBI⁵¹. Así, en algunas decisiones arbitrales la “deferencia” se refiere a la *intensidad* exigida para que la ilegalidad del Estado sede sea relevante a fin de justificar el control arbitral⁵². Otras decisiones arbitrales sostienen que en caso de duda, debe favorecerse la legalidad de la actuación del Estado sede⁵³. Asimismo, la naturaleza del estándar de protección ha sido considerada, en algunas decisiones arbitrales, a fin de identificar la existencia del principio de deferencia, en el sentido que hay estándares —como el trato justo y equitativo— que exigen una violación de cierta intensidad al Tratado aplicable⁵⁴. Hay también decisiones arbitrales que justifican la deferencia en el carácter técnico de las decisiones del Estado sede, lo que se equipara a la tesis del “margen de apreciación”. Aquí, además, se alude al origen democrático de las decisiones del Estado sede, como un factor que debe llevar a la deferencia de esas decisiones frente al control ejercido por el Tribunal Arbitral, que carece de orígenes democráticos⁵⁵. Finalmente, algunos Tribunales Arbitrales emplean la doctrina de la deferencia a fin de presumir la validez de la interpretación del Derecho doméstico por el Estado sede, presunción que no aplica en casos de arbitrariedad⁵⁶.

Appreciation Doctrine in International Law?”, en *European Journal of International Law* N° 16, 2006, pp. 907 y ss.

⁵⁰ JULIAN ARATO, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, en *Transnational Dispute Management* N° 1, 2014, <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2085> [Consulta 23.7.2014]. En contra, puede verse la decisión adoptada en el marco del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, dictada en el caso *Quasar de Valores SICSA SA and others v. Rusia*, (laudo de 20 de julio de 2012). Allí se enfatiza la diferencia entre los Tratados de Derechos Humanos y los AIIs. El Tribunal concluyó que debido a esas diferencias, la teoría del “margen de apreciación” en el marco del Derecho de los derechos humanos no era trasladable, sin más, al arbitraje Estado-inversor.

⁵¹ STEPHAN W. SCHILL, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, en *International Dispute Settlement* N° 3, 2012, pp. 577 y 581.

⁵² Véase el asunto *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/09/20, laudo de 16 de mayo de 2012, párrafo 258.

⁵³ *Sempre Energy International v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 301.

⁵⁴ *Glamis Gold, Ltd. vs. Estados Unidos de Norteamérica, Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America* (Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, “TLCAN”, conocido por sus siglas en inglés “NAFTA”), decisión de 8 de junio de 2009, párrafo 617. Véase igualmente el asunto *Continental Casualty vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, laudo de 5 de septiembre de 2008, párrafo 181.

⁵⁵ Como sucedió en el caso *Chemtura Corporation vs. Canadá*, laudo de 2 de agosto de 2010, en un arbitraje ad-hoc del NAFTA bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) (párrafo 123). Véase también a HENCKELS, CAROLINE, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, en *International Dispute Settlement* N° 4, 2013, pp. 197 y 213.

⁵⁶ Esta es la aproximación tradicional del caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 122. Más recientemente, véase el asunto *Teco Guatemala Holdings LLC vs. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de 19 de diciembre de 2013, párrafo 492. Una de las justificaciones de la deferencia es la tendencia del Tribunal de confiar en la interpretación del Derecho doméstico por las autoridades del Estado sede. Véase el asunto *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, decisión de jurisdicción y responsabilidad de 14 de enero de 2010, párrafo 505, así como *Sergei Paushok vs. Mongolia*, laudo de jurisdicción y responsabilidad de 28 de abril de 2011, arbitraje CIADI bajo las reglas UNCITRAL, párrafo 299. Por ello, el Tribunal Arbitral no actúa como revisor de asuntos de Derecho doméstico (*William Ralph Clayton and others vs. Canadá*, en arbitraje bajo el NAFTA y las reglas del UNCITRAL, laudo de jurisdicción y responsabilidad de la Corte Permanente de Arbitraje de 17 de marzo de 2005, párrafos 437 y 439, así como *Hassan Wadi Enterprise Business Consultants Inc. v Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, laudo de 2 de marzo de 2015, párrafos 326 y 327). De allí que, por ejemplo, el Tribunal tiende a ser deferente en cuanto a la interpretación basada en el Derecho doméstico en cuanto al interés público que puede justificar una expropiación. Cfr. AUGUST REINISCH, “Legality of Expropriations”, en *Standards of Investment Protection*, cit., pp. 183-186.

A pesar de que no existe claridad en torno al contenido y alcance de este margen, podemos concluir que el consenso dentro del Derecho Internacional de Inversiones es reconocer límites al control arbitral, a fin de impedir una indebida sustitución en decisiones que deben ser privativas del Estado sede. El efecto práctico de ese margen de deferencia es, nuevamente, reconocer una suerte de *presunción de conformidad con el Tratado*, de acuerdo con la cual, se entiende que la regulación adoptada por el Estado sede no viola el Tratado, salvo cuando se acredite una clara violación al estándar aplicable. Pero para determinar esa violación, el Tribunal debe partir del principio conforme al cual el Tratado admite diversas formas de regulación en la economía, sin que sea posible establecer, *a priori*, limitaciones a tal regulación. Solo el examen concreto de la medida de regulación adoptada, en función al estándar cuya violación se denuncia, podrá determinar si ha habido o no una violación al Tratado.

2.4. Un ejemplo especial de deferencia: la tesis del poder de policía y el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay

Una especial manifestación del interés por proteger el derecho regular en el Derecho Internacional de Inversiones es a través del concepto de “*poder de policía*”⁵⁷, concepto que equivale al derecho a regular. Así, el poder de policía alude a la soberanía del Estado sede para intervenir en la economía por razones de interés público, las cuales deben ser valoradas por los órganos del Estado electos o designados para ese fin. De esa manera, se entiende que la soberanía del Estado abarca la posibilidad de ejercer el poder de policía para regular la economía en protección de bienes jurídicos de interés general como el medio ambiente. Por ello, como regla, se entiende que la regulación orientada a atender a tales objetivos no es contraria al Tratado, salvo cuando se demuestre una clara violación, típicamente, cuando la medida es arbitraria.

Un reciente ejemplo de esta tesis es el laudo dictado el 8 de julio de 2016 por el Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI, que desestimó el reclamo presentado por la empresa *Philip Morris Brands Sàrl y otros* en contra de Uruguay (CIADI No. ARB/10/7).

El reclamo se basó en diversas denuncias de violación del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) celebrado entre Uruguay y Suiza en 1988, derivadas de la regulación para el control sobre el tabaco dictada por Uruguay. En concreto, las denuncias partieron de dos medidas adoptadas por Uruguay: (i) la prohibición de comercializar más de una variedad de cigarrillo

⁵⁷ Una de las limitaciones admitidas a la revisión arbitral deriva del concepto de “poder de policía”, en el sentido que las medidas basadas en ese poder tienden a presumirse válidas. Vid. ESMÉ SHIRLOW, “Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis”, en *ICSID Review* N° 29, 2014, pp. 595 y ss. Véase el asunto *Burlington Resources vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, laudo de responsabilidad de 14 de diciembre de 2012, párrafos 507 y 529. Ese concepto es similar al concepto tradicional de “policía administrativa” en los distintos sistemas de Derecho Administrativo.

(la exigencia de presentación única) y (ii) la obligación de colocar advertencias sanitarias en el empaque, equivalentes al ochenta por ciento (regulación del 80%). Ambas medidas fueron adoptadas por medio de actos dictados por el Poder Ejecutivo, o sea, actos administrativos⁵⁸. El laudo arbitral de 8 de julio de 2016 desestimó las denuncias formuladas por la empresa tabacalera, al considerar que se trataba de medidas ajustadas al TBI, las cuales respondían al ejercicio razonable del poder del Estado para intervenir en la economía.

De allí que el objeto básico de ese caso consistía en determinar si la regulación dictada por la Administración en materia de tabaco constituía una violación al TBI aplicable, lo que pasaba, entre otros aspectos, por determinar su razonabilidad y racionalidad. Precisamente, el laudo arbitral comentado negó que las medidas administrativas cuestionadas violasen el TBI, partiendo de la deferencia a favor del poder de policía del Estado sede.

Así, el Tribunal Arbitral concluyó que la protección a la salud ha sido considerada una manifestación esencial del poder de policía del Estado sede. Por ello, reiteró que como regla, la regulación adoptada por el Estado para atender políticas públicas, como el derecho a la salud debe presumirse conforme al Tratado. Sin embargo, el comentado laudo del 8 de julio de 2016 recordó que tal deferencia no siempre ha sido reconocida⁵⁹:

“El principio según el cual el ejercicio racional y de buena fe del poder de policía del Estado en materias como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye compensación incluso cuando ocasiona daños a un inversión, con lo cual las medidas tomadas para esos fines no deben ser consideradas como expropiatorias, no encontró reconocimiento en las decisiones arbitrales. Pero una línea consistente orientada a diferenciar el ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta surgió después del 2000”.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Tribunal Arbitral consideró que las regulaciones en materia de tabaco habían sido dictadas para proteger el derecho a la salud, de conformidad con el ordenamiento jurídico de Uruguay. Asimismo, el Tribunal consideró que las medidas fueron adoptadas de buena fe y de manera no-discriminatoria, y que en general, se trataron de medidas efectivas para proteger la salud pública, considerando otras fuentes de Derecho Internacional, especialmente, el *Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco*⁶⁰.

De esa manera, el Tribunal Arbitral reiteró la aplicación del margen de deferencia, al considerar que *“la responsabilidad por medidas de salud pública descansa en el Gobierno y los Tribunales de Inversión deben reconocer una amplia deferencia a las decisiones del Gobierno en aspectos domésticas como la protección de la salud pública”*. Tal grado de deferencia llevó al Tribunal a considerar que las medidas administrativas cuestionadas no

⁵⁸ La regulación en materia de presentaciones fue dictada mediante la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública de 18 de agosto de 2008. La regulación del 80% fue dictada mediante el Decreto N° 287/009 de 25 de junio de 2009.

⁵⁹ Párrafos 291 y siguientes.

⁶⁰ Párrafo 395.

eran arbitrarias o desproporcionales, con lo cual, no violaban el estándar del trato justo y equitativo⁶¹.

Este enfoque evidencia los cambios producidos en el sistema de arbitraje internacional de inversiones, que luce hoy como un sistema más consolidado, que reconoce la necesidad ponderar debidamente la soberanía del Estado sede para regular la actividad del inversor. Esta deferencia a favor del Estado sede aplica de manera especial ante medidas derivadas del poder de policía en temas de "orden público", como sucede especialmente con la protección de la salud.

No obstante, el laudo arbitral comentado se limitó a la interpretación del Tratado aplicable de acuerdo con los principios de la Convención de Viena, considerando diversas decisiones de Tribunales internacionales, pero sin concretar los estándares valorados desde la perspectiva del Derecho Administrativo Comparado, a pesar de que el caso examinado era un caso típico de limitaciones administrativas a la libertad económica y propiedad privada.

Ahora bien, la aplicación al caso comentado de los principios generales de Derecho Administrativo, como fuente de Derecho Internacional, hubiese permitido afinar mejor alguno de los pronunciamientos del Tribunal Arbitral. Así:

— Por un lado, y en *primer* lugar, el concepto de "margen de deferencia" pudo haberse enfocado más robustamente desde las limitaciones tradicionalmente admitidas al control de la actividad técnica de la Administración económica por parte del juez contencioso-administrativo.

— En *segundo* lugar, el concepto de arbitrariedad -y consecuentemente, de proporcionalidad- hubiese podido perfilarse mejor acudiendo al método comparado del Derecho Administrativo, a fin de extraer un concepto común de arbitrariedad desde el Derecho Administrativo Comparado, de mejor adaptación a relaciones jurídico-administrativas entre el Estado y el inversor, como fue el caso de las relaciones examinadas por el Tribunal Arbitral.

— Por último, y lo más importante, el Tribunal Arbitral pudo considerar la interrelación existente entre el concepto de *sacrificio particular* en el Derecho Administrativo Comparado y el concepto de expropiación indirecta. El Tribunal asumió el concepto de expropiación indirecta otorgando especial atención a la finalidad del poder de policía: si la limitación sobre la inversión se justifica en razones de interés general, como la protección de la salud, entonces, debe presumirse no solo que esa limitación es conforme al Tratado, sino que además, ella no genera derecho a compensación.

Sin embargo, en el Derecho Administrativo Comparado -nos referimos específicamente al Derecho Administrativo en Iberoamérica, en Alemania y también, en Estados Unidos- se ha admitido que hay limitaciones que, *incluso persiguiendo un fin de interés general*, pueden ocasionar en el caso concreto un daño especial o sacrificio particular, que el propietario no

⁶¹ Párrafo 399.

está en el deber de tolerar⁶². Como se sostiene en la *Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, aprobada por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en 2014⁶³:

“En el ejercicio de su actividad lícita, el Estado también puede provocar perjuicios injustos, cuando genera un daño especial y anormal sobre la esfera jurídica de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, creando con ello una situación de desigualdad de las personas frente a las cargas públicas”.

La finalidad de la medida de limitación; su adecuación al test de razonabilidad y racionalidad y en general, la adecuación al principio de proporcionalidad e interdicción a la arbitrariedad, son parámetros que determinan la licitud o ilicitud de la medida. Pero incluso cuando la aplicación de esos parámetros permite concluir que la medida de limitación es lícita -por responder a un fin de interés general, así como por ser una medida debidamente motivada, racional y proporcionada- la responsabilidad patrimonial de la Administración puede subsistir, si se determina que existe un daño especial, o sea, una aminoración patrimonial que en el caso examinado implica un sacrificio que el propietario no está en el deber de tolerar.

El laudo comentado, por el contrario, niega la responsabilidad internacional del Estado considerando únicamente la licitud de las medidas administrativas de limitación cuestionadas, licitud declarada, además, bajo una amplia deferencia al Estado sede. Una inadecuada interpretación de este criterio, mantenido en el laudo de 8 de julio de 2016, podría llevar a rechazar el derecho de compensación del inversor ante cualquier medida administrativa de limitación del Estado basada en cometidos estatales considerados afines al orden público.

No obstante, es conviene insistir que tal conclusión no puede sostenerse, sin más, en el Derecho Administrativo Comparado, pues la tesis de la responsabilidad patrimonial de la Administración por sacrificio particular o por daño especial requiere, precisamente, la existencia de *medidas lícitas* de limitación que, pese a ello, ocasionan en el caso concreto un daño indemnizable. La licitud de la medida administrativa de limitación, por ello, no es una condición que excluya absolutamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración⁶⁴.

Incluso, el concepto de expropiación indirecta, en el Derecho Internacional de Inversiones, precisamente parte de considerar que aun cuando la medida de limitación adoptada por el

⁶² Excedería de los límites de este trabajo analizar a profundidad la tesis del sacrificio particular o daño especial. Como referencia general podemos citar a JEAN WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 453 y 473.

⁶³ Puede consultarse en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 5, Caracas, 2014, pp. 319 y ss. Desde una perspectiva comparada, vid. ALFREDO PARÉS SALAS, *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conformes a Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 23 y ss. y 37 y ss. En Estados Unidos se estudia a la expropiación regulatoria, para aludir a los casos en los cuales la regulación, pese a ser lícita, ocasiona un daño indemnizable. Cfr.: RICHARD EPSTEIN, *Takings. Private property and the Power of Eminent Domain*, Harvard, 1994, p. 331. Estos conceptos han sido antes analizados por nosotros en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 123 y ss.

⁶⁴ Como se ha observado “siempre que se produzca un daño producido como consecuencia de una función administrativa que el administrado no está en el deber de soportar nace el derecho a la indemnización, aunque el acto que origen el daño sea conforme al Ordenamiento jurídico”. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2013, p. 411.

Estado sede atienda a una causa de interés público, es posible determinar la existencia de efectos expropiatorios y, por ende, el derecho a compensación del inversor, cuanto esa limitación afecta de tal intensidad al inversión que priva permanentemente de toda utilidad a la inversión⁶⁵.

En el comentado laudo de 8 de julio de 2016 no se aprecia un adecuado desarrollo de esta posibilidad, quizás por haberse centrado más en reiterar el principio de deferencia derivado del ejercicio del poder de policía que no resulta manifiestamente arbitrario. Esta deferencia - desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo- es sin duda relevante para determinar la licitud de la limitación a la inversión. Pero incluso admitiéndose esa licitud, hubiese sido deseable un análisis más detallado de los supuestos en los cuales la regulación que responde a una causa de interés público puede generar daños especialmente intensos que como tal, implican un sacrificio indemnizable⁶⁶.

No estamos señalando, aclaramos, que en el caso resuelto por el Tribunal Arbitral existía un daño especial que ha debido ser indemnizado, o una medida de limitación con efecto expropiatorio. Más bien queremos llamar la atención acerca de cómo la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo pudo haber enriquecido el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral.

En cualquier caso, el laudo Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes. En esta nueva línea, deberá insistirse en la utilidad de acudir a los principios generales de Derecho Administrativo como fuente complementaria del Derecho Internacional aplicable al arbitraje de inversiones

2.5. La conveniencia de enfocar el derecho a regular desde el Derecho Administrativo Global

La aproximación al derecho a regular, desde el Derecho Internacional de Inversiones, ha sido principalmente empírica, sin que esa aproximación haya sido consecuencia del previo diseño de un adecuado marco conceptual. En parte, ello es consecuencia de dificultad de precisar cuál es el régimen aplicable al arbitraje internacional de inversiones, régimen que en la práctica, está influenciado por el Derecho Internacional y por el arbitraje comercial.

No obstante, es preciso considerar que el arbitraje internacional de inversiones, basado en Tratados, conoce de reclamos basados en cualquier forma de la actividad o inactividad del

⁶⁵ Toda limitación o regulación sobre la propiedad privada, que en un caso concreto resulte particularmente intensa y desproporcionada, de forma tal que ella prive permanentemente al inversor del uso o del beneficio económico de la inversión, tendrá efectos expropiatorios (*Pope Talbot vs. Canadá*, laudo de 31 de marzo de 2002). Ese efecto expropiatorio no requiere demostrar la intención de la medida de regulación: basta que ésta genere un efecto expropiatorio, aun cuando no haya sido ésta la intención (*Generation Ukraine vs. Ucrania*, laudo de 16 de septiembre de 2003).

⁶⁶ El laudo niega que la limitación administrativa haya afectado sensiblemente a la inversión, pero siempre partiendo de la deferencia en torno a la licitud de las limitaciones derivadas del ejercicio del poder de policía.

Estado sede, y más en concreto, de su Administración, que es a quien corresponde, en la práctica, la regulación cotidiana de la economía. Por ello, en la práctica, la mayoría de los reclamos arbitrales se basan en la regulación dictada por la Administración del Estado sede. Por ello, consideramos que el arbitraje internacional de inversiones debe también valorar la perspectiva derivada del Derecho Administrativo, pero de acuerdo con su protección en el espacio global, que es el espacio en el cual se desenvuelve tal arbitraje. Con lo cual, el marco jurídico del arbitraje internacional de inversiones debe considerar al Derecho Administrativo Global, y en específico, a los principios generales del Derecho Administrativo, como fuente del Derecho Internacional reconocidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁷.

Así, considerando la similitud entre el arbitraje internacional de inversiones y el control jurisdiccional sobre la Administración Pública, Thomas Wälde ha sostenido que el arbitraje internacional de inversiones no puede ser considerado como una derivación del arbitraje comercial internacional, esto es, como un mecanismo para resolver disputas comerciales con el Estado. En realidad, bajo el TBI aplicable, toda la actividad e inactividad de la Administración se somete a los estándares de protección del inversor, con lo cual, el Tribunal Arbitral actúa como un órgano externo de control de la legalidad de esa actividad e inactividad. Tomando en cuenta ello, Wälde insistió en la necesidad de integrar, en la interpretación del Tratado, los principios generales de Derecho Administrativo⁶⁸.

Ahora bien, como se sabe, dentro de las fuentes de Derecho Internacional a las que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, encontramos, en el literal c) de su numeral 1, a los "*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*". El propósito de esa norma fue evitar que la Corte pudiese abstenerse de decidir en ausencia de una norma aplicable desde el Derecho Internacional Público, razón por la cual se permitió acudir a los principios generales del Derecho interno de los Estados⁶⁹. Precisamente, el artículo 38.1 literal c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido invocado por la doctrina (Della Cananea) para justificar la existencia del Derecho Administrativo Global, estructurado a partir de los principios generales de Derecho Administrativo sistematizados por el método comparado⁷⁰.

Los estándares de protección establecidos en los TBIs coinciden con principios generales de Derecho Administrativo: prohibición de tratos discriminatorios; interdicción de la arbitrariedad; proporcionalidad; protección de la confianza legítima y justa indemnización

⁶⁷ Seguimos aquí lo tratado en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 297 y ss.

⁶⁸ THOMAS WÄLDE, "The Specific Nature of Investment Arbitration", en PHILIPPE KAHN, y THOMAS WÄLDE, (editores), cit., pp. 42 y 76.

⁶⁹ MOSHE HIRSCH, "Sources of international investment law", en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 39 y ss., p. 23

⁷⁰ GIACINTO DELLA CANANEA, "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.

expropiatoria son estándares de protección que corresponden a principios generales de Derecho Administrativo de amplia difusión en el Derecho Comparado⁷¹.

Un ejemplo reciente -y excepcional- de este método es el caso *Gold Reserve v. Venezuela*. En esa oportunidad, el Tribunal Arbitral interpretó el estándar del “trato justo y equitativo” desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo⁷². Con ello, el Tribunal reconoció que los estándares de protección del inversor son, al mismo tiempo, estándares de revisión del Estado sede y en específico, de su Administración⁷³. Esto es lo que llamamos la *interpretación de Derecho Administrativo de los estándares de protección*, esto es, la interpretación de los estándares previstos en los Tratados considerando, también, a los principios generales de Derecho Administrativo.

Precisamente, los principios generales del Derecho Administrativo, como fuente del Derecho Internacional, pueden ayudar a resolver el problema del margen de deferencia, en tanto tal margen se relaciona con los límites que la justicia administrativa debe tener al revisar la actividad e inactividad de la Administración⁷⁴. De esa manera, tal margen de deferencia puede derivarse del efecto que el Tratado produce sobre la Administración, en tanto éste opera como un límite externo que vincula negativamente a la Administración. A partir de allí, la violación al estándar dependerá de la valoración que se haga entre la regulación dictada por la Administración y el estándar aplicable, a través de principios generales del Derecho Administrativo, tales y como la proporcionalidad y la interdicción a la arbitrariedad.

Este enfoque, sin embargo, está generalmente ausente de los laudos arbitrales, como sucede con el caso comentado *Philip Morris Brands Sàrl y otros* en contra de Uruguay (CIADI No. ARB/10/7). De esa manera, a pesar de que la actividad del Estado sede examinada era la regulación dictada por la Administración, el Tribunal no hizo ninguna consideración a los principios generales de Derecho Administrativo aplicables. El enfoque de Derecho Administrativo hubiese podido permitir llegar a una solución distinta a la sostenida por el laudo, a saber, que aun cuando la regulación respondía a una causa de interés público, como la protección a la salud, ella ocasionaba un sacrificio particular que debía ser indemnizado.

3. Conclusiones

1.- El arbitraje internacional de inversiones se extendió en la década de los noventa del pasado siglo. Como resultado de ello, controversias entre el Estado y el inversor, surgidas

⁷¹ Esta es una de las conclusiones asumidas por BURKE-WHITE y VON STADEN, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, cit., pp. 659 y ss. Véase también a KATIA YANNACA-SMALL, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, cit., pp. 111 y ss.

⁷² Laudo de 22 de septiembre de 2014, en el Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

⁷³ GIACINTO DELLA CANANEA, “EquivalentStandardsunderDomesticAdministrative Law: A Comparative Perspective”, en *Transnational Dispute Management* N° 1, 2009, tomado de: <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1367>, [Consulta: 04.08.16].

⁷⁴ Existe un claro paralelismo entre la justicia administrativa y el arbitraje internacional de inversiones, en tanto ambos son mecanismos externos para el control de la Administración. Véase lo que exponemos en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Derecho administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, cit.

con ocasión a medidas públicas de intervención en la economía, se sometieron a ese arbitraje, de acuerdo con los TBIs y demás AIIs celebrados.

2.- Ello permitió valorar que el arbitraje internacional de inversiones, en especial, bajo el Convenio CIADI, permite la revisión de políticas públicas y, muy en especial, la revisión de la intervención administrativa en la economía. Por lo anterior, ese arbitraje no puede valorarse como una derivación del arbitraje internacional comercial. Antes por el contrario, debe valorarse como un mecanismo de Derecho Público que regula relaciones entre el Estado y los inversores en el espacio global.

3.- Para poder comprender la función del arbitraje internacional como un mecanismo de control sobre medidas públicas de intervención en la economía, típicamente desarrolladas a través de la Administración Pública, es necesario encuadrar a ese arbitraje dentro del Derecho Administrativo Global. En la práctica, ello implica reconocer la relevancia de los principios generales de Derecho Administrativo como fuente del Derecho Internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través del Derecho Administrativo Global puede abordarse mejor la preocupación en torno al respeto del “derecho a regular”.

4.- La expansión del arbitraje internacional de inversiones generó preocupaciones en torno al efecto de ese arbitraje sobre el derecho a regular del Estado sede. El derecho a regular es la capacidad del Estado sede de la inversión para intervenir en la economía, a través de Leyes y a través de la Administración Pública. Por ello, el derecho a regular comprende especialmente la actividad de regulación desplegada por la Administración del Estado sede.

5.- Las preocupaciones en torno al respeto del derecho a regular derivan de la aplicación de los estándares de protección previstos en los TBIs y AIIs. Así, la aplicación de esos estándares puede derivar en la sustitución del Tribunal Arbitral en decisiones que corresponden únicamente al Estado, en ejercicio de su derecho a regular. En tal sentido, uno de los consensos actuales en las propuestas de reforma del arbitraje internacional de inversiones es, precisamente, establecer un sistema equilibrado entre tal arbitraje y el derecho a regular.

6.- A los fines de proteger el ejercicio del “derecho a regular”, se han adoptado, básicamente, tres mecanismos: (i) se ha modificado la redacción de los TBIs, a los fines de reducir el ámbito de aplicación de los estándares de revisión; (ii) se han incluido, dentro de los Tratados, excepciones relacionadas con las medidas de regulación adoptadas en áreas de interés público, y (iii) la jurisprudencia ha reconocido la existencia de un margen de deferencia a favor del Estado sede.

7.- No existe claridad en torno al contenido y alcance de margen de deferencia que el Tribunal Arbitral debe respetar. Sin embargo, el consenso dentro del Derecho Internacional de Inversiones es reconocer límites al control arbitral, a fin de impedir una indebida sustitución en decisiones que deben ser privativas del Estado sede. El efecto práctico de ese margen de deferencia es reconocer una suerte de *presunción de conformidad con el*

Tratado, de acuerdo con la cual, se entiende que la regulación adoptada por el Estado sede no viola el Tratado, salvo cuando se acredite una clara violación al estándar aplicable.

8.- El laudo de 8 de julio de 2016, recaído en el asunto *Philip Morris Brands Sàrl y otros en contra de Uruguay* (CIADI No. ARB/10/7), podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes.

9.- La aproximación al derecho a regular, desde el Derecho Internacional de Inversiones, ha sido principalmente empírica, sin que esa aproximación haya sido consecuencia del previo diseño de un adecuado marco conceptual, como se desprende del asunto *Philip Morris Brands Sàrl y otros en contra de Uruguay*. En parte, ello es consecuencia de dificultad de precisar cuál es el régimen aplicable al arbitraje internacional de inversiones, régimen que en la práctica, está influenciado por el Derecho Internacional y por el arbitraje comercial.

10.- No obstante, el arbitraje internacional de inversiones debe también valorar la perspectiva derivada del Derecho Administrativo, pero de acuerdo con su protección en el espacio global, que es el espacio en el cual se desenvuelve tal arbitraje. Con lo cual, el marco jurídico del arbitraje internacional de inversiones debe considerar al Derecho Administrativo Global, y en específico, a los principios generales del Derecho Administrativo, como fuente del Derecho Internacional reconocidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

11.- A través de la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo podrá asegurarse el respeto al derecho a regular, sin desvirtuar el propósito último del arbitraje internacional de inversiones, cual es promover controles globales sobre el Estado sede. En especial, a través de esos principios generales podrá desarrollarse el marco teórico para definir la deferencia del Tribunal Arbitral hacia el Estado, cuando en ejercicio de su derecho a regular ejerza el llamado poder de policía, a fin de satisfacer objetivos de interés general como la protección de la salud.

12.- De esa manera, la deferencia del Tribunal Arbitral puede derivarse del efecto que el Tratado produce sobre la Administración, en tanto éste opera como un límite externo que vincula negativamente a la Administración. Con lo cual, la violación al estándar de protección del inversor previsto en el Tratado dependerá de la aplicación práctica de principios generales de Derecho Administrativo como la proporcionalidad y la interdicción a la arbitrariedad.

Bibliografía

ÁLVAREZ, JOSÉ y KHAMSI, KATHRYN, "*The Argentine Crisis and Foreign Investor*", en *The Yearbook of International Investment and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, 2009.

AMAN, ALFRED C., "Introduction: Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law Symposium," *en Indiana Journal of Global Legal Studies. Volume 8, Issue 8*, 2001.

AMAN, ALFRED C., "The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance" *en Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 8- Issue 2*, 2001.

ARAI, YUTAKA, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* Intersentia, 2002.

ARATO, JULIAN, "The Margin of Appreciation in International Investment Law", *en Transnational Dispute Management N° 1*, 2014, <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2085>

ARIÑO ORTIZ, GASPAR y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Servicios Públicos, regulación y renegociación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2004.

BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R., "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", *en El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

BIGNAMI, FRANCESCA, "Comparative administrative law", *en The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012.

BISHOP, DOAK, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005.

BLACKABY, NIGEL, "El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", *en Revista Internacional de Arbitraje N° 1*, 2004, Legis, Bogotá.

BREYER, STEPHEN, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982.

BROWN, CHESTER, "Procedure in Investment Treaty arbitration and the relevance of Comparative Public Law", *en International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

BURKE-WHITE, WILLIAM y VON STADEN, ANDREAS, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", *en International Investment Law and Comparative Public Law*, *en International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

CASSESE, SABINO, "Is there a Global administrative Law?", *en The exercise of public authority by international institutions*, Springer, 2010

CASSESE, SABINO, "What is Global Administrative Law and why study it?", *en Global administrative law: an Italian perspective, RSCAS PP 2012/04*. Robert Schuman Centre For Advanced Studies Global Governance Programme, 2012.

CASSESE, SABINO, *The Global Polity*, Global Press Law, Sevilla, 2012.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (UNCTAD), *World Investment Report 2016*, Organización de Naciones Unidas, 2016.

COSTA, JEAN-PAUL, "Institutions internationales et Droit administratif comparé", en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 41, N°4, París, 1989.

CREMADES, BERNARDO M., "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", en *Business Law International* N° 7, 2006.

CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

DELLA CANANEA, GIACINTO, "EquivalentStandardsunderDomesticAdministrative Law: A Comparative Perspective", en *Transnational Dispute Management* N° 1, 2009, tomado de: <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1367>

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.

DIEHL, ALEXANDRA, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012.

ECHANDI, ROBERTO, "What do developing countries expect from de international investment regime?", en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011.

EPSTEIN, RICHARD, *Takings. Private property and the Power of Eminent Domain*, Harvard, 1994.

ERIEZE, LUIS ALBERTO, "La protección de inversiones y el arbitraje internacional", en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 2, Legis, Bogotá, 2009.

FARJAT, GERARD, "La enseñanza de medio siglo de derecho económico", *Estudios de Derecho económico, Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980.

FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, *Introducción al Derecho administrativo internacional*, Editorial Novum, México D.F., 2012.

FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, "Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado", Caracas, 2014.

GASCÓN Y MARÍN, José, "Les transformations du droit administratif international", en *Recueil des cours*. Vol. 34, Academia de Derecho Internacional de Las Haya, 1930.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2013.

GORDILLO, AGUSTÍN, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", en *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aries, 2009.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009.

HENCKELS, CAROLINE, "Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration", en *Journal of International Economic Law, Volumen , N° 15*, 2012.

HENCKELS, CAROLINE, "Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration", en *International Dispute Settlement N° 4*, 2013.

HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, "El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, N° 16*, 2012.

HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, "El arbitraje internacional de inversiones, la intervención administrativa en la economía y el Derecho administrativo global", en *XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho administrativo y proceso*, Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014.

HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014.

HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016.

HERNÁNDEZ-ROD, J.M., *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Tomo I, segunda edición, Las Novedades, Caracas, 1943.

HIRSCH, MOSHE, "Sources of international investment law", en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012.

KANTOR, MARK, "Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty", en *ICSID Review N° 27*, 2012.

KINGSBURY, BENEDICT y DONALSON, MEGAN, "Global Administrative Law", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume IV*, Oxford University Press, 2012.

KINGSBURY, BENEDICT / STEWART, RICHARD, "Introducción: ¿hacia el Derecho Administrativo Global? Trayectorias y Desafíos", en KINGSBURY, BENEDICT y STEWART, RICHARD, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, 2015.

KINGSBURY, BENEDICT / KRISCH, NICO / STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems N° 68*, Duke University, 2005.

KLÄGER, ROLAND, *Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Oxford University Press, 2011.

MAEKELT, TATIANA, "Tratados Bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

MANN, HOWARD, "Civil society perspectives: what do the stakeholders expect from the international Investment regime?", en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS, "La regulación económica", en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991.

MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán, Tomo II*, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1950.

MCLACHLAN, CAMPBELL, *et al*, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2008.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, "El estudio de la Administración económica", en *Revista de Administración Pública número 50*, Madrid, 1966.

MILES, KATE, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.

MILLS, ALEX, "The public-private dualities of international investment law and arbitrator", en CHESTER BROWN y KATE MILES (editores), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012.

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", en *Revista Española de Derecho Administrativo Nº92*, 1996.

MUCI-BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

MUCI-BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho administrativo global", en *Revista de Derecho Público Nº 122*, Caracas, 2010.

OESCH, MATTHIAS, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2003.

PARÉS SALAS, ALFREDO, *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conformes a Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

PONCE SOLÉ, JULI (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- REINISCH, AUGUST, "Legality of Expropriations", en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008.
- RIVERO, JEAN, *Curso de direito administrativo comparado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- ROBALINO-ORELLANA, JAVIER / RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME, *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, Cameron May, 2010.
- RODRÍGUEZ CARPIO, GONZALO, *La denuncia del Convenio CIADI: efectos y soluciones jurídicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME / 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.
- RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas, 2012.
- SALACUSE, JESWALD W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.
- SCHILL, STEPHAN W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
- SCHILL, STEPHAN W., "Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review", en *International Dispute Settlement N° 3*, 2012.
- SCHILL, STEPHAN W., "International Investment Law and Comparative Public Law: Ways out of the Legitimacy Crisis?", tomado de <<http://www.iilj.org/research/documents/if2010-11.schill.pdf>>
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional", en *La transformación del Derecho administrativo*, Global Press, 2008.
- SHANY, YUVAL, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", en *European Journal of Internacional Law N° 16*, 2006.
- SHAPIRO, MARTIN, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance," en *Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 8-Issue 2*, 2001.
- SHIRLOW, ESMÉ, "Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis", en *ICSID Review N° 29*, 2014.
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE, "Governing the Global Economy through Government Networks", en *The Role of Law in International Politics*, Oxford, 2001.
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE, "The Accountability of Government Networks", en *Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 8, N° 2*, 2001.

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010.

TITI, CATHERINE, "Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas", en *Arbitration International Law* N° 30, 2014.

TITI, CATHERINE, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, 2014.

VAN HARTEN, GUS / LOUGHLIN, MARTI, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law" en *European Journal of International Law* N° 17, 2006.

VAN HARTEN, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008.

VANDEVELDE, KENNETH, *Bilateral Investment Treaties. History, policy and interpretations*, Oxford University Press, 2010.

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.

WALINE, JEAN, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2008.

WEILER, TODD, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

YANNACA-SMALL, KATIA, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008.

ZWART, TOM, "Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?", en *Values in Global administrative law*, Hart Publishing, 2011.

Lista de laudos arbitrales

Laudo de 31 de marzo de 2002, asunto *Pope Talbot vs. Canadá*, Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL).

Laudo de 29 de mayo de 2003, asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2.

Laudo de 16 de septiembre de 2003, asunto *GenerationUkrainevs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9.

Laudo de jurisdicción y responsabilidad de la Corte Permanente de Arbitraje de 17 de marzo de 2005, asunto *William Ralph Clayton and others vs. Canadá*.

Laudo de 28 de septiembre de 2007, asunto *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16.

Laudo de 5 de septiembre de 2008, asunto *Continental Casualty vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9.

Laudo de 8 de junio de 2009, asunto *Glamis Gold, Ltd. vs. Estados Unidos de Norteamérica*, Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL).

Laudo de 14 de enero de 2010, asunto *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18.

Laudo de 2 de agosto de 2010, asunto *Chemtura Corporation vs. Canadá*, Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL).

Laudo de 28 de abril de 2011, asunto *Sergei Paushok vs. Mongolia*, arbitraje CIADI bajo las reglas Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL).

Laudo de 16 de mayo de 2012, asunto *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/09/20.

Laudo de 20 de julio de 2012, del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso *Quasar de Valores SICA SA and others v. Rusia*.

Laudo de 14 de diciembre de 2012, asunto *Burlington Resources vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5.

Laudo de 19 de diciembre de 2013, asunto *Teco Guatemala Holdings LLC vs. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23.

Laudo de 22 de septiembre de 2014, asunto *Goldreserve vs. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

Laudo de 2 de marzo de 2015, asunto *Hassan Wadi Enterprise Business Consultants Inc. v Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13.

Laudo de 8 de julio de 2016 asunto *Philip Morris Brands Sàrl y otros en contra de Uruguay*, Caso: CIADI No. ARB/10/7.