

ARTÍCULOS

Ampliación del ámbito regulatorio estatal y protección de la propiedad: Reflexión crítica desde el arbitraje internacional de inversión contra Colombia

*Expansion of the State Regulatory Scope and Protection
of Property: Critical Reflection from International Investment
Arbitration Against Colombia*

Gerardo Figueredo-Medina 

Universidad La Gran Colombia, Colombia

RESUMEN Las expropiaciones indirectas son afectaciones que puede sufrir un inversionista extranjero sobre sus activos en los países receptores de su inversión. Estas expropiaciones no tienen un campo unívoco de ocurrencia y estatalmente se amparan en distintos tipos de medidas, que pueden ser cambios regulatorios. Esta forma de proceder por las autoridades al interior del Estado implica la revisión de los conceptos de la legitimidad formal y material en su actuar, en la medida que, en virtud del principio de unidad del Estado, el actuar defectuoso en los niveles territoriales de autoridades administrativas y judiciales pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

PALABRAS CLAVE Inversión extranjera, regulación, omisiones y actuaciones estatales, expropiación indirecta.

ABSTRACT Indirect expropriations are the effects that a foreign investor may suffer on its assets in the countries receiving its investment. These expropriations do not have a univocal field of occurrence and are covered by different types of measures, which may be regulatory changes. This way of proceeding by the authorities within the State implies the revision of the concepts of formal and material legitimacy in their actions, to the extent that by virtue of the principle of *unity of the State*, defective actions at the territorial levels of administrative and judicial authorities may engage the international responsibility of the State.

KEYWORDS Foreign investment, regulation, omission and governmental actions, indirect expropriation.

Introducción

En la doctrina liberal, el derecho de propiedad es uno de los más relevantes en el proceso de formación del capitalismo contemporáneo. Su consagración en las declaraciones de derechos ha sido uniforme, y su trasegar en las familias jurídicas, importante. También lo son los atributos de la propiedad en el ámbito jurídico, como el uso y su explotación, los cuales han sido objeto de estudio. En la actualidad, pese a que los bienes tangibles son los más estudiados, la explosión de los bienes intangibles como elemento clave de actividades económicas guarda un rol relevante en la capacidad para generar réditos económicos.

La generación de ganancias y su restricción por los tributos se han erigido como las determinantes en la movilización transfronteriza de los capitales entre los países para buscar la maximización de utilidades mediante el uso de instrumentos internacionales, como los convenios para evitar la doble imposición (Harrington, 2020). Esto ha llevado al establecimiento de reglas de protección de la inversión, como garantías para llevar este capital, con vigencia de unos mínimos principios que permitan la confianza de la inyección de esos recursos en un país receptor de inversión foránea (Frydman, 2018).

De este modo, los negocios en marcha están sujetos a una serie de reglas iniciales que suponen una estabilidad jurídica, sociopolítica y económica para sostener la inversión (Brito e Iglesias, 2017: 132), a la vez que se cumplen las diversas obligaciones que impone el país receptor: tributarias, laborales, de licencias y permisos ambientales, entre otras. Esta carga tributaria al interior de los Estados está determinada por el tipo de organización que tenga, es decir, si es Estado federal, Estado regional o Estado unitario. Es posible, además, que entes territoriales ejerzan presión tributaria en los negocios que establezcan el reparto de competencias sobre la determinación de los elementos constitutivos del tributo (Buitrago, 2016: 10). Las tensiones que se presentan en materia tributaria y de inversión representan efectivamente un ejercicio legítimo de roles del Estado, como sería contar con los ingresos para atender sus obligaciones. El ejercicio de competencias de carácter económico, que se tiene por ilimitadas según la literatura clásica, ya no lo es tanto en la realidad (Hecker y otros, 2019: 1159).

Los tratados bilaterales en materia de promoción y protección de inversiones especifican, generalmente, lo que se entiende por las posibles afecciones a la inversión, y, en particular, cómo se entiende realizada la expropiación, entregando pautas, con relativa taxatividad, para saber si hay o no lugar a acudir a la jurisdicción internacio-

nal por determinados acontecimientos. Sin embargo, queda la duda de qué tan cerrado es el listado y si en sede de arbitraje es posible responder por un nuevo criterio dentro de la autonomía arbitral para dar fin a la correspondiente controversia.

Esta limitante de responsabilidad se debe a la máxima del derecho internacional que determina que los tratados internacionales son la fuente de las obligaciones estatales en ese escenario, y se da la limitación de responsabilidad del Estado por un mecanismo de carácter convencional: el tratado bilateral en materia de inversión (Fortier y Drymer, 2004: 79). En este trabajo se analizará la ampliación del ámbito de regulación estatal, que permite ver ciertos eventos como expropiatorios, pero que, a la luz de la práctica internacional, se discute si es una forma legítima de regulación por parte del Estado o si podrían estar incursos en responsabilidad internacional.

En resumen, se estudiará, en primera medida, el llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y sus implicaciones en sede judicial. Luego, se analizarán los aspectos problemáticos de nociones abiertas y si estas tienen implicaciones sobre la protección de la propiedad, así como si existe un imperativo constitucional de defender los bienes de nacionales y extranjeros. Posteriormente, se revisarán aspectos de poca claridad regulatoria, de legitimidad y de cambios en la materia. Finalmente, se expresarán las conclusiones sobre la base del actuar estatal para el reajuste y reorden de intereses, que puede conllevar la omisión del deber de protección de bienes y del circuito de propiedad en el ámbito productivo, tanto para extranjeros como nacionales, lo que constituye un elemento esencial en la doctrina liberal y del establecimiento del Estado de derecho. Por cuestiones de extensión, escapa a este análisis la consideración de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La realidad contemporánea del nuevo constitucionalismo latinoamericano

En América Latina, en palabras de Noguera-Fernández y Criado de Diego, se dio un movimiento de reformas constitucionales iniciado por la Constitución Colombiana de 1991, dentro del cual también se agrupan los procesos de Venezuela (1999), Ecuador (1998-2008) y Bolivia (2009). Su postura es que esta tendencia latinoamericana es la respuesta al «desmantelamiento» del Estado social ante la consolidación de la «mundialización neoliberal» (2011: 17), e indican que el proceso constitucional colombiano de 1991 trae consigo la reinterpretación del poder constituyente como una manera de proceder a la reforma de la Constitución, sin seguir los procedimientos de modificaciones que formalmente estaban en los textos constitucionales precedentes.

La posible indistinción posterior entre el poder constituyente como marco para la reforma constitucional y la actividad del Tribunal Constitucional como guardián de ese texto abre la puerta a que, por vía de interpretación, se den cambios profundos en el sistema normativo colombiano, se reitere en este ámbito el ser contestatario a la mundialización neoliberal o se evite este desmantelamiento del Estado social. En

otras palabras, un Tribunal Constitucional podría llegar a imponer su visión de modelo económico por vía de interpretación constitucional.

Ahora bien, otra perspectiva del constitucionalismo latinoamericano puede encontrarse en relación a los procesos venezolano, ecuatoriano y boliviano, con el hilo conductor común de ser resultados del denominado socialismo del siglo XXI, con el complemento de contar con un extenso catálogo de derechos sociales en favor de la igualdad y de la inclusión social (Cervantes, 2017: 82). Adicionalmente, este nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce al indigenismo, que para el caso boliviano es el reconocimiento de un Estado plurinacional. Si bien Cervantes advierte que esto representa una puesta en común en oposición al arbitraje internacional en materia de inversión (2017: 83), no se debe dejar de lado que hay una tensión subyacente: la alusión a los derechos indígenas en torno a la propiedad y la explotación de los recursos naturales bajo fórmulas *autooperativas*, en las que, como dice Roberto Gargarella, se cree que la sola inclusión y modificación de una expresión constitucional tendrá facultades autoejecutables en la realidad jurídica e institucional del *viejo derecho* (2011: 302).

Pese a lo anterior, se difiere del sentido de Gargarella en la medida en que sí se cuenta en las configuraciones constitucionales —por ejemplo, en los tribunales de cierre— con actores que tienen la suficiente entidad y poder para dar definición, forma y vocación de cumplimiento y de obligatoriedad a mandatos que influyen en la manera en que se organiza el poder, transformándolo o llevándolo a escenarios que no son el mandato constitucional inicialmente establecido. En otras palabras, estos actores pueden materializar el poder transformatorio de las luchas sociales y, en contrasentido, ser actores de una reconfiguración muy activa, renovando el *derecho viejo*, aunque no siempre para mejor, como veremos a continuación.

En suma, la realidad latinoamericana del nuevo constitucionalismo permite el trasplante de nociones de un *nuevo derecho* dentro de lo que se ha denominado diálogo constitucional, que busca efectos concretos en su adopción por los tribunales y la inclusión de visiones y modelos económicos contrarios a los establecidos en el texto original, sobre el que debieran guardar respeto según el texto vigente. El agravante de esta situación es que puede dar pie a movimientos sociales que no son ideológicamente neutros, sino que reúnen una amalgama de intereses, incluyendo los de actores al margen de la ley, como la insurgencia y el narcotráfico. Esto lleva a profundizar la reflexión sobre el rol de los tribunales constitucionales como intérpretes de la Constitución, que tienen asignada su salvaguarda y el deber de ser garantes de su pervivencia.

De intérprete a regulador activo: La Corte Constitucional colombiana

En Colombia, según el artículo 241 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional tiene por función «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo». Para ello, las funciones de la Corte son,

en resumen: ejercer el control constitucional concentrado para la legislación emitida por el Congreso, así como de los decretos ley, decretos con fuerza de ley y decretos legislativos emitidos por el Gobierno nacional; y en materia de derechos constitucionales, revisar las decisiones judiciales de instancia relacionadas con la acción de tutela (recurso de amparo en otros países).

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ejerce estas funciones de control concentrado y de revisión de sede de tutela en ámbitos muy específicos. Sin embargo, como menciona Bernal, puede existir una mezcla de los procedimientos en la medida en que, en sentencias de constitucionalidad, dé pautas a los jueces sobre cómo fallar casos en torno a derechos fundamentales, y que, en sentencias de tutela, dé pautas a otros poderes públicos con decisiones concretas sobre cómo atender circunstancias vulneradoras de derechos fundamentales (2010: 12). Dentro de estos últimos, los casos representativos son, por una parte, las sentencias referidas al *estado de cosas inconstitucional* frente a la atención de la población desplazada por el conflicto armado en Colombia,¹ con mandatos al Gobierno nacional y con verdadero poder de agendamiento en temas de política pública; y, por otra parte, las sentencias referidas al sistema de unidad de poder adquisitivo constante, que establecieron límites a la libertad contractual de las personas e instituciones del sector bancario a la hora de contratar créditos de vivienda urbana.² En este último, el Banco de la República recomendó que, por el efecto económico de las sentencias de la Corte, esta debiere asesorarse técnicamente y con imparcialidad política, puesto que sus resoluciones pudieren estar fundamentadas en prejuicios e incorrectos análisis del mercado, lo que representa un riesgo de que se tomen decisiones lesivas a estos intereses (Kalmanovitz, 1999: 3-4).

Sin embargo, en materia de medio ambiente, con respecto a la sentencia del río Atrato, los matices en protección, si bien parecen inofensivos, son de gran calado.³ En palabras de Delgado, la Corte Constitucional como mediadora de conflictos ambientales pone en discusión modelos contrahegemónicos de desarrollo, específicamente el modelo economicista adoptado por el gobierno (2021: 146), a la vez que se adscribe locuciones de otros ordenamientos internos, como el boliviano y el ecuatoriano, para colegir efectos concretos. Es decir, la Corte se comporta como delineador de un espacio regulatorio y lo interpreta con una carga política propia de esos textos constitucionales y legales de la región, con base en la fórmula boliviana de la Ley de Derechos de la Madre Tierra, y la ecuatoriana del artículo 10 de su Constitución: «La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución».

La postura de que la Constitución colombiana plantea modelos alternativos de desarrollo en las formas del *buen vivir* boliviano, por el reconocimiento de la plu-

1. Sentencia T-025 de 2004, Corte Constitucional de Colombia.

2. Sentencias C-383 y C-700 de 1999, Corte Constitucional de Colombia.

3. Sentencia T-622 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

alidad étnica y multicultural —que también tiene Colombia—, pasa por alto que la definición de esta agenda corresponde al Gobierno nacional, y aun cuando este siga las pautas de la Corte, ninguno de los dos está exento del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de inversión. En tal eventualidad, la Corte haría responsable al Estado colombiano por el cambio de la dirección económica ante tribunales internacionales.

En sectores académicos, hoy más dominantes, se acepta el *buen vivir* con los complementos en decisiones judiciales, como la noción de *sujeto de derechos*, en alusión a un deseo de proteger la naturaleza en un país tan diverso como Colombia. Para los sectores no desarrollistas (Delgado, 2021: 146), se busca cómo asumir un rol para modificar la serie de compromisos internacionales en materia de tratados internacionales suscritos, no limitados exclusivamente a derechos humanos, y con ello, priorizarlos. La amplitud de estas fórmulas gramaticales proviene de las ciencias humanas que usan la metodología de la deconstrucción para redefinir desde su base los conceptos (Peñalver, 2002: 143).

Ahora bien, el alcance de estas expresiones, al ser adoptadas por el juez constitucional, no siempre traerá los mejores resultados, ya que, después de emitidas las sentencias, se desprenden del autor y tienen existencia autónoma (Carré de Malberg, 1998: 376). Estos rangos interpretativos abren un campo de efectos posibles que, en este caso, permitiría entender diversos tipos de procedimientos como legitimados, incluyendo los de facto, como es el caso de la ocupación de tierras de empresarios.

Este activismo de la Corte Constitucional en Colombia, dentro de lo que es la configuración del Estado regulador, ha dado pie a la literatura a colegir que el tribunal se superponga a la regulación, puesto que un texto constitucional amplio y detallado, ante un Congreso que tiende al clientelismo y no cumple a cabalidad su rol de legislar técnicamente y de ejercer el control político, permite al tribunal extender su actuar (López, 2022: 11).

En resumen, la Corte Constitucional tiene un efecto más allá de la solución del caso concreto, no solo en sentencias de constitucionalidad o con efecto *inter comunis*, sino también en sentencias de tutela (amparo). Adicionalmente, la modulación de los efectos de las sentencias de la Corte (Olano, 2004: 571), junto con la existencia de un control difuso de constitucionalidad, refuerza que a la falta de claridad regulatoria se sumen múltiples actores de control, que producen, por ejemplo, que la doctrina reclame que el precedente de la Corte sea más fuerte (Mendieta y Tobón, 2016: 83), de manera que se da una multiplicidad de mecanismos de control constitucional —el difuso y la acción de tutela— sin que cuenten con reglas claras para su eficacia ni para resguardarse ante estas (North, 1990: 67). Pero, en este caso, se aproxima más a la modificación de las reglas de derecho público económico por el juez activista.

Esta circunstancia puede provocar que la protección de derechos adquiridos se vea negativamente impactada y que las expectativas legítimas, tanto de nacionales

como de inversionistas extranjeros, sean fácilmente derrocadas. Particularmente, puede afectar aún más la expectativa inversionista cuando la forma de proceder estatal se refiere a temas de propiedad, lo que conlleva el empoderamiento de movimientos sociales en locuciones de *justicia social* o de *inclusión social*, conceptos que, por su estructura abierta, presentan dificultades para determinar su alcance concreto. Trataremos de ejemplificar esto en las secciones posteriores de este artículo.

Aspectos problemáticos de las nociones abiertas

En el apartado anterior, vimos que la Corte Constitucional puede modificar el espacio regulatorio y hacer uso de fórmulas de diversos tipos, a la vez que sus sentencias pueden ser moduladas en sus efectos. En este apartado veremos, mediante un par de ejemplos, el uso de expresiones abiertas frente a la propiedad. El primer ejemplo, para el caso de Colombia, son los de Cauca y de Valle del Cauca, los que, cabe mencionar, son receptores de inversión extranjera.⁴ En 2022, según los reportes de diversas agencias de noticias, redes sociales por la ciudadanía y autoridades, predios de esos departamentos sufrieron ocupaciones por comunidades indígenas, negras y campesinas, generando dos tipos de mensajes entre las autoridades. De una parte, hubo noticias y reverberaciones acerca de la ocupación de esos predios de agroindustriales como reclamaciones de sectores excluidos de la sociedad. Por la otra, el Gobierno del presidente Gustavo Petro manifestó en noticias que no quería incentivar ocupaciones.⁵ Los proyectos de modificación de normativa hacen eco de las fórmulas abiertas para darles una suerte de respaldo.

Pese a lo anterior, en Colombia existe un proyecto de decreto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁶ que guarda relación de lenguaje con sectores excluidos de la sociedad, dentro del margen de reglamentación del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026: «Colombia, Potencia Mundial de la Vida», del presidente Gustavo Petro. En este proyecto de normativa, se establece la protección de colonos en el artículo 2.14.19.2.9, quienes no podrán ser desalojados de los predios objeto de procedimientos agrarios de «clarificación de la propiedad, delimitación o deslinde de las tierras de la Nación, extinción del derecho de dominio, recuperación de baldíos indebidamente ocupados o apropiados, reversión de baldíos adjudicados y se dictan otras disposiciones», que son los términos legales del título 19 del todavía vigente

4. Promoción a cargo de Invest Pacific, disponible en <https://tipg.link/NAZd>.

5. «La ocupación no es porque se quiera, es porque se necesita, no quiero incentivarla»: Presidente Petro dio un confuso mensaje sobre el tema», *Semana*, 19 de octubre de 2022, disponible en <https://tipg.link/NAZW>.

6. «Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1071 de 2015», disponible en <https://tipg.link/NAZs>.

Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

El proyecto de la normativa guarda una opacidad con respecto al no desalojo de los predios ocupados que sean del dominio de particulares, que se ve respaldada por el Gobierno Nacional. A este proyecto de normativa se le complementa el proyecto de decreto «por medio del cual se promueve la movilización y organización campesina por la reforma agraria» para expedición por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que en su artículo primero establece un «llamado a la movilización y organización campesina», lo que en países como Colombia deja el margen para ser entendido casi en los términos de deslizar un alzamiento en contra de los propietarios.⁷

Entonces, se puede afirmar que la locución de inclusión genera un mensaje enconchado, que no libera de susceptibilidades los proyectos de normativa del Gobierno nacional, tildados de formalización de sectores insurgentes.⁸ En el derecho nacional, esta opción normativa se utiliza como un giro para evitar la vía de ley formal por el Congreso y tomar la vía de decretos (decretos ley, decretos con fuerza de ley y decretos legislativos emitidos por el Gobierno nacional) por fuera del control constitucional de la Corte Constitucional, reservado a ese derecho legislado, siendo así susceptibles de control por el Consejo de Estado, que es más proclive a favorecer intereses de la administración.

Este contrasentido parece explicarse en que el mecanismo judicial de ampliación del lenguaje para la inclusión tiene buena recepción en la sociedad por su tinte populista, pero en el sometimiento y ponderación en el uso de estas fórmulas en medidas legislativas no tiene el respaldo suficiente, o bien, este mismo lenguaje puede llevarse al exceso de las nociones que presenta la Corte más allá de los límites constitucionales, de manera que podría no pasar un control si las medidas se revisan en función de su propia jurisprudencia.

En otras palabras, las nociones que la Corte Constitucional esgrime con el fin de ampliar su ámbito de acción para ejercer su activismo y corregir legislación defectuosa si es el caso, encuentran eco en el Gobierno nacional y son usadas por este con manufactura y presentación similar a figuras de la Corte. Pero al mirar detalladamente los instrumentos utilizados (decretos reglamentarios), se puede eludir el control de esta última corporación cuando se trata de posibles afecciones y arbitrariedades a la propiedad. En suma, se ve que estas nociones, usadas en un primer momento por la Corte y luego por el Gobierno, buscan ampliar el campo de competencia y modificar en conjunto el ámbito regulatorio que se tiene por cierto, con efecto determinado en

7. Disponible en <https://tipg.link/NAa8>.

8. Redacción El País, «Ministerio de Agricultura alista decreto que estaría obligando a los campesinos a marchar en favor de la reforma agraria; advierten que se legalizarían guardias con nexos con ELN», *El País*, 5 de septiembre de 2023, disponible en <https://tipg.link/NAUU>.

campos no solo con mayor amplitud, sino con indefinición misma y control legal dudoso. Esto nos remite nuevamente a la claridad de las reglas del juego, incluyendo las reglas judiciales (North, 1990: 67), que llevan el escenario a inversionistas que se han establecido en un país con un *infierno regulatorio*, lo opuesto al *enfriamiento regulatorio* tratado por la literatura de inversión (Bonnitcha, Poulsen y Waibel, 2021: 257). Debido a esto, existe preocupación evidente acerca de la teoría normativa que adopta un Estado receptor de inversión como Colombia. Además, con esa teoría normativa se debe evaluar si la injerencia es legítima o ilegítima en la inversión o en la omisión cuando se habla del caso colombiano de ocupación de tierras dedicadas a la agroindustria en el Cauca y el Valle del Cauca, que, sin perjuicio de que el artículo segundo de nuestra Constitución reza que las autoridades están instituidas para la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio, no son desalojadas.

Finalmente, siguiendo a Bonnitcha, Poulsen y Waibel (2021) y a López (2022), el trabajo empírico sobre cuestiones normativas, jurídicas y empíricas permitirá resolver si las medidas de un Estado son legítimas, especialmente en Colombia, donde, como advierte López, hay una *juridificación de la regulación*, esto es, una tendencia a resolver cuestiones regulatorias en un proceso judicial, cuando también textos constitucionales y legales adoptan expresiones éticas, económicas y sociales (2022: 11), sentidos que deben ser precisados sobre todo en estos casos de fórmulas abiertas e indefinidas.

¿Protección de propiedad y de la inversión extranjera?

Ahora, en lo correspondiente a inversión extranjera y la protección de la propiedad, se sostiene que el escenario de ataque a la inversión y a la propiedad es posible por terceros ajenos al Estado e inclusive por sujetos de especial protección constitucional, respaldados hasta por la inacción estatal. No todos los actos están conectados directamente con la manifestación concreta de ocupación, pero sí con un hilo conductor entre estos actos para colegir una expropiación progresiva o, como denomina la literatura internacional, una *creeping expropriation*, entendida como una acumulación u omisión de medidas que tomadas por separado no desposeen al inversionista, pero consideradas de manera agregada sí conducen a ese resultado y al no cumplimiento de un trato justo y equitativo (Vesel, 2014: 554). Como menciona Vesel, cuando al concepto *creeping expropriation* se suman otras formas que conducen a la expropiación indirecta, la agregación de actos u omisiones se hace con la intención detrás de estos, dificultando un poco su concepto. Esto es positivo para esta exposición, en la medida en que no limita del todo a actores públicos —como la ciudadanía misma— que ejecutan actos contra bienes de un inversionista, a la vez que se pueden considerar actos y omisiones y cómo guardan relación, como si se tratara de una política

de facto, siempre demandando que sobre esa omisión se considere el deber estatal de protección de la propiedad de habitantes del territorio colombiano.

Los referidos proyectos de decretos del Gobierno nacional sobre el no desalojo de colonos y la movilización campesina prorreforma rural se suman a noticias de circulares internas de la Policía Nacional, en las cuales se ordena a la fuerza pública no usar armas largas en territorios que cuenten con presencia insurgente y sean parte de los territorios departamentales de Cauca y del Valle del Cauca, sitios de establecimiento inversionista con condiciones sociales complejas.⁹ Este retiro o disminución del poder de respuesta de la fuerza pública en los territorios es, siguiendo la expropiación progresiva, casi una puesta en escena de derrocar condiciones del establecimiento del inversionista, permitiendo la ocurrencia de hechos de terceros que no son agentes estatales. Asimismo, el proyecto de normativa se muestra como una medida dentro de la zona de exclusión de responsabilidad en materia de inversión extranjera según la literatura arbitral de estos asuntos, puesto que se justifica como un ejercicio normal de competencias regulatorias de carácter interno en interés público, sujeto a las compensaciones en caso de pérdidas (Barklem y Prieto-Ríos, 2011: 91).

Frente a la asunción por parte de la Corte Constitucional de nociones propias de otros ordenamientos jurídicos con modelos y posturas económicas diferentes, incluyendo las de aislamiento del circuito internacional de arbitraje, con las consecuencias que ello trae aparejado (como la merma de fuentes de financiación global), la Corte se erige casi como líder de la agenda internacional del Estado, dejando interrogantes adicionales, puesto que estas nociones nuevas, por vía de jurisprudencia, modifican el objeto regulatorio.

Ejemplo de esto lo encontramos en la mención a la naturaleza como sujeto de derechos y de la estructuración de un hilo conductor en el constitucionalismo andino sobre una perspectiva ecocéntrica. Esto es patente en un fallo cuando indica que «la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios»,¹⁰ para luego derivar en otro, apuntando a una relación de «mismo enfoque de protección» del medio ambiente.¹¹ Aunque no se indica en concreto el inciso segundo del artículo 10 de la Constitución del Ecuador de 2008, que tiene esta fórmula de «naturaleza sujeto de derechos», se clarifica el sentido en la nota número 87. Ahora bien, esta fórmula ecuatoriana defiere el desarrollo correspondiente de la noción al legislador, pero es necesario observar que la relación de protección del medio ambiente se articula con los mecanismos de

9. Redacción Semana, «Fue una mala interpretación», la insólita justificación de la Policía a prohibición de uso de armas largas en Cauca», *Semana*, 15 de agosto 2023, disponible en <https://tipg.link/NAWF>.

10. Sentencia C-632 de 2011, Corte Constitucional de Colombia.

11. Sentencia T-622 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

explotación de recursos naturales y que en el texto original de la Constitución ecuatoriana vigente al tiempo de la decisión, en su artículo 422, se enuncia que «no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas», lo que la literatura ha denominado la fórmula de exclusión y de aislamiento del arbitraje internacional (Cervantes, 2017).

Adicionalmente, en la actualidad de la literatura crítica se abre camino la postura que entiende el derecho internacional como un instrumento de dominación de unos Estados sobre otros, con una vocación universalista ante Estados que buscan avanzar en una agenda propia o alternativa a las «lógicas imperialistas del derecho internacional» (Zirion, 2023: 164). En la literatura colombiana, el texto «Derecho internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global» es de esta tendencia, en el que su autor lo manifiesta como una línea de pensamiento internacionalista contemporáneo (Urueña, 2015: xi).

Esta postura, sin embargo, parece tener un contrasentido, y es que, si bien se remarca en ella que los Estados son autónomos para el ejercicio de sus competencias en la idea de una soberanía ilimitada, en términos de derecho internacional clásico parecen negar, o por lo menos matizar, la asunción de obligaciones y compromisos internacionales por esa reclamación contestataria de gestionar los intereses propios frente a países desarrollados, puesto que el ejercicio pleno de esa soberanía equivale a negar el mismo derecho internacional, en una relectura de compromisos internacionales por un *constitucionalismo a la carta* y con escogencia de qué se prioriza dentro de las múltiples obligaciones internacionales.¹²

La asunción de una postura de este tipo es delicada en el ámbito del derecho internacional, porque introduce matices al principio *pacta sunt servanda*, para llevarlo a una zona de selección de qué compromisos internacionales se van a cumplir —¿e incumplir?— sobre los ya suscritos. Pese a la vocación integradora y no fragmentada del derecho internacional que expresa Urueña (2015: xv), permanece la selección a la carta y no integrada de cómo hacer uso de los instrumentos internacionales, con fines argumentativos según el caso. Sin embargo, desde el otro lado, en este escenario de incertidumbre se les pide a los inversionistas el máximo deber de diligencia.

En esta delgada línea, sobreviene cuestionar si la Corte Constitucional está invocando esa selección normativa de carácter constitucional interno para negar al Estado cumplir tratados, obligándolo a asumir responsabilidad internacional por el incumplimiento (Monroy, 2008: 107-112). Esto, en virtud del principio de unidad del

12. Este enfoque, denominado TWAIL, Third World Approaches to International Law, tiene una carga política e ideológica propia, que consiste en una demanda de efectos prácticos. En otras palabras, las decisiones teóricas tienen consecuencias prácticas.

Estado, por el cual la violación de una obligación internacional puede provenir de cualquier poder estatal, incluyendo el poder constituyente (Monroy, 2008: 136). Esto cobijaría el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte y las variaciones que esta introduce con su jurisprudencia en el ordenamiento jurídico interno.

Ante este escenario tan abierto de facultades de la Corte Constitucional Colombiana, es válido plantearse cómo se deben entender estos ajustes que la misma Corte parece desear en el orden interno, ponderando unas obligaciones sobre otras, y cómo enfrentar la resolución de los conflictos sobrevenientes por los cambios que la Corte puede traer. En resumen, pareciera ser que la Corte recibiera el eco de las aproximaciones del tercer mundo al derecho internacional, y deslizará que gubernamentalmente debe avanzarse en esa dirección, tratándose de consecuencias políticas y de relaciones internacionales por influencia judicial.

La sobrevenida inseguridad jurídica por la poca claridad regulatoria y el ejercicio difuso de competencias estatales

Como se ha establecido en este artículo, existe un escenario muy difuso sobre las competencias que se ejercen al interior del Estado, porque la injerencia de la Corte Constitucional y la falta de claridad gubernamental sobre el alcance de las modificaciones realizadas acusan inseguridad jurídica. Los criterios de amplitud interpretativa de la Corte lesionan la claridad regulatoria y las competencias de otras autoridades estatales.

La omisión de deberes de protección a la propiedad privada de nacionales y extranjeros, ante las interpretaciones de las ocupaciones de facto respaldadas en fórmulas de inclusión social, en contraposición a los mandatos constitucionales claros, como el deber de las autoridades de proteger la propiedad de todos los residentes en el país, implica dos caminos: i) las autoridades públicas deben intervenir ante las ocupaciones no legítimas de la propiedad, y ii) debe evitarse que cambios regulatorios se conviertan en expropiatorios, tendiendo a ser intervenciones proempresa, en la medida en que el crecimiento económico y la tributación son presupuesto de otros derechos (Holmes y Sunstein, 2011: 81).

Es necesario preguntarse por la legitimidad de la actuación estatal, que se puede entender en dos sentidos: el formal y el material. El formal como el seguimiento de las reglas para que una persona ejerza el poder en determinada posición estatal, y el material como el ejercicio según las pautas que esa posición tiene delineadas, de manera que no haya desvío del poder (Rúa, 2013: 85). El activismo de la Corte, si es excesivo, puede llegar a ubicarla en una línea de ilegitimidad material. Las líneas progresivas a la legitimidad, en sus medidas y disposiciones como regulación en un sentido amplio, por el efecto de sus sentencias uniformes para los habitantes del territorio nacional, dificultan la carga de la prueba al inversionista que se vea afectado

por este activismo judicial. Cuando se usan fórmulas creativas de protección cabe preguntarse si se está extendiendo esa legitimidad al punto de respaldar disparates, especialmente cuando las sentencias no se pueden cumplir.

Ante las preguntas subyacentes de cómo se limita la soberanía estatal, cómo se entiende obligado el Estado en escenarios de cambio discursivo interno y reactivo al derecho internacional —como cuando llega un gobierno socialista y anticapitalista al poder—, y cómo se puede realizar inversión extranjera en ese contexto, se puede entrever que, en primer lugar, quien realiza la apuesta inversionista asume hoy en día un riesgo mayor de falta de claridad jurídica, pues el tenor de los ámbitos de aplicación de los tratados no dan margen para entender, a la luz de esa discursiva, cómo serán cumplidos, lo que desestimula la nueva inversión extranjera y se torna en inseguridad para la inversión establecida. En segundo lugar, denota que esta postura crítica y discursiva de la Corte Constitucional parece participar de la postura deconstructivista del derecho y, como dice Peñalver, de una justicia —justicia social— más allá del derecho (2002: 143), no limitada por normas jurídicas que ven a las multinacionales como un actor más del colonialismo. La medida y la proporcionalidad de medidas en el ámbito del derecho interno en las posiciones regulatorias perjudican la legitimidad de los controles estatales sobre los actos de autoridades y las garantías inversionistas, afectando el establecimiento. Esto, debido a que el actuar de la Corte Constitucional amplía el espectro regulatorio (López, 2022: 11), pasando de un escenario de principios de derecho económico internacional a uno en que estos se deben articular con el «lenguaje de la participación política» (Morgan, 2014: 12).

Otro ejemplo de esto es cómo la legislación en materia de tributos puede ampliarse hasta ser propiamente expropiatoria, sin técnica legislativa. En el caso venezolano, Atencio presenta las fórmulas normativas del gobierno que permitieron obviar el principio de capacidad del contribuyente en la estructuración de los tributos, estableciendo tributos fiscales y parafiscales hasta los límites confiscatorios y expropiatorios de los residentes en el país, faltando inclusive al principio de «no hay tributo sin ley», en sentido formal (2015: 389-405). En esta misma dirección parece moverse el Estado colombiano, con impuestos a las bebidas y alimentos azucarados, restricciones al uso de plásticos de un solo uso —empaquete regular de alimentos procesados— y reformas en el sistema de salud y de pensiones, que ponen en tensión el alcance de expresiones de solidaridad y universalidad, con normas tributarias que contemplan un umbral de doce mil dólares de tratamiento exento. Globalmente, hay en progreso una merma al poder adquisitivo de los nacionales colombianos.

La ampliación de las competencias regulatorias de los Estados implica una mayor capacidad y cualificación de ejercicio. En el caso *Tza Yap Shum contra Perú*, el tribunal manifestó que los Estados pueden ejercer las competencias regulatorias y sancionatorias en el marco de la legalidad. Pero, aún con el ejercicio de facultades de sanción, no se libera el Estado de ser responsable por haber afectado la inversión. Este

caso, que se trataba de un inadecuado manejo contable que no permitía una tasación acertada de impuestos, condujo a que, a pesar de ser culpable el inversor, el embargo de cuentas sufrido a manos del Estado se tomara como expropiación indirecta.¹³

Por otra parte, en Colombia hay dos casos en los que la actividad de la Corte Constitucional sobrevino en posteriores acciones de los inversionistas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Son los casos *Eco Oro contra Colombia* y *Red Eagle contra Colombia*, originados en la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que permitía actividades mineras en el páramo de Santurbán siempre que los correspondientes proyectos tuvieran títulos y licencias ambientales anteriores al 9 de febrero de 2010, para el caso de explotación de minería, y al 16 de junio de 2021 para explotación de hidrocarburos. Las decisiones de la Corte Constitucional se encaminaron a proteger el medio ambiente, declarando para ello, mediante la sentencia C-035 de 2016, la no constitucionalidad de la norma del Plan Nacional de Desarrollo que permitía la explotación en el páramo (artículo 173 de la Ley 1.753 de 2015, parágrafo primero).

En *Red Eagle contra Colombia*, se presenta en el numeral 423 que la completa veda a la actividad explotación fue el camino escogido por el Estado colombiano, porque «debido a la extrema sensibilidad del páramo a dichas actividades, no existe ninguna otra alternativa para alcanzar este objetivo». En el mismo numeral se relacionan las actividades legislativas y gubernamentales que trató de llevar el país adelante, pero que la Corte Constitucional no permitió desarrollar. El laudo dio la razón a Colombia ante las reclamaciones de la canadiense Red Eagle, en la medida en que no se validó la existencia de derechos adquiridos a poder explotar, pues estaba sujeta a la obtención de una licencia ambiental o a la aprobación de un plan de trabajos y obras que jamás obtuvo esa compañía, y se confirmó por el tribunal que las medidas de Colombia fueron un ejercicio legítimo de un fin de orden público tomadas por la Corte Constitucional. El centro de consideración está en que la resolución 2090 de 2014, que daba delimitación al páramo de Santurbán, lo hacía de manera defectuosa y fue declarada inconstitucional en la sentencia T-361 de 2017, la cual, si bien generó falta de claridad para el inversionista, concluyó apreciando la actividad de la Corte como no discriminatoria, arbitraria o injustificada.¹⁴

En *Eco Oro contra Colombia*, la compañía, también canadiense, acudió al CIADI porque, si bien tenía permisos y títulos para la explotación minera en el mismo páramo bajo un contrato de concesión, la delimitación de Santurbán por la mencionada resolución 2090 de 2014 cobijó casi el 50% del territorio de la concesión, sin perjuicio

13. *Tza Yap Shum contra República de Perú*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso ARB/07/6, disponible en <https://tipg.link/NAaw>.

14. *Red Eagle Exploration Limited contra República de Colombia*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso ARB/18/12, disponible en <https://tipg.link/NAaz>.

de lo cual dicho acto administrativo permitía continuar con la explotación. A raíz de la sentencia C-035 de 2016, que declaró no constitucional la excepción de realizar minería en territorios de páramo, la Agencia Nacional de Minería revocó derechos mineros de Eco Oro. En sede internacional se revisaron tanto el estándar mínimo de trato como la expropiación indirecta. Respecto del primero, las medidas de Colombia referentes a la delimitación tardía del páramo, que debió darse en 1997, en virtud de la Ley 373, se dio veinte años después, dejando entrever para el tribunal que se trataba de una negligencia deliberada que colocaba a Colombia en la violación del estándar mínimo de trato, debiendo compensar a Eco Oro. Frente a la expropiación indirecta, se determinó que la delimitación del páramo afectó a empresas nacionales y extranjeras en mismo grado, es decir, no fue una medida estrictamente dirigida a afectar solo a Eco Oro, por lo que se falló que la decisión estatal fue legítima.¹⁵

Estos casos demuestran que hay una construcción gradual de estándares mínimos del ejercicio de competencias estatales, los que, según el ejercicio estatal, han permitido inclusive hacer calificaciones entre Estados, adjetivando como fallidos a los que no ejercen adecuadamente sus poderes (Ruiz, 2011: 108). Sin embargo, esta forma de categorizar los Estados, que da cuenta de indicadores sociales, económicos y políticos, pasa muy ligeramente por un elemento determinante en los dos últimos casos que se resumieron, que es el principio de derecho internacional público de unidad del Estado. Este no solo existe externamente para comprometer la responsabilidad del Estado, sino también para colegir que el actuar entre los poderes públicos sea articulado y suficientemente gradado en torno a las medidas que toma, de manera que evite verse negativamente comprometido en el ámbito internacional.

Ahora bien, el caso referido de la Corte Constitucional C-035 de 2016, originario de los conflictos de Eco Oro y Red Eagle contra Colombia, no hace uso de figuras creativas como lo son *naturaleza o páramo sujeto de derechos*. Sin embargo, decisiones de instancia en los últimos años han seguido la figura del caso del río Atrato para declarar páramos sujetos de derecho, con la fuerte pretensión de protegerlos por aislamiento de toda actividad económica, procediendo a la correspondiente delimitación. Es el caso del páramo de Pisba, en el departamento de Boyacá, cuya declaratoria fue promovida por el correspondiente Tribunal Administrativo. También está el caso del páramo Las Hermosas, que si bien está ubicado en el departamento del Tolima, su declaratoria fue realizada por un tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Estos dos eventos resaltan una vez más que el orden institucional interno de las decisiones que se toman judicialmente usando la fórmula de sujeto de derecho en lo regional demandan una particular atención. Las órdenes de delimitación de páramos, así como las limitantes que se colijan del cumplimiento de las respectivas decisiones

15. *Eco Oro Minerals contra República de Colombia*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso ARB/16/41. Disponible en <https://tipg.link/NAa->.

judiciales a actividades económicas, si no son debidamente articuladas pueden hacer responsable internacionalmente al Estado. Esto llama la atención nuevamente sobre el principio de derecho internacional público de unidad del Estado y sobre que las medidas de corte activista por los jueces pueden ser seriamente contraproducentes, dando a entender, en sede del CIADI, que, al permitir estos conflictos, el Estado está incurso en actos y omisiones tendientes a desencadenarlos.

Los reguladores: Su legitimidad y el principio de proporcionalidad

La proporcionalidad puede ser usada como herramienta en los arbitrajes internacionales de inversión, puntualmente para sopesar el efecto y propósito de las medidas que el Estado receptor de inversión ha tomado (López, 2020: 112; Cabrera, 2023: 20). Dada la trayectoria consolidada de este principio en distintos ordenamientos, sumado a que existe una posición doctrinaria mayoritaria que apoya su uso, permite ser un criterio que acorta diferencias entre los enfoques regulatorios de los distintos órdenes nacionales. Además, si es seguido por ordenamientos y autoridades domésticas, permite saber de antemano si se ha obrado arbitrariamente o no, lo cual limita el riesgo del litigio internacional de manera anticipada, ya que es un principio con amplia presencia en el derecho público (Blanke, 2010: 343). Respecto a si la revisión de este concepto tiene alguna carga particular, aquí se asume la postura de que debe ser proempresa, ya que prioriza que los correspondientes establecimientos económicos sean rentables para que la tributación, que es condición de existencia de otros derechos, tenga espacio de desarrollarse en escenario de eficacia tributaria.

El principio de proporcionalidad, si bien no es una solución plena y satisfactoria, cumple con dotar a los actores de la inversión extranjera, sujetos activos y pasivos de la expropiación indirecta, de parámetros que pueden ser un estándar para la regulación en el ámbito de los distintos sistemas jurídicos. Igualmente, se pueden complementar con los criterios de legitimidad en los sentidos formal y material, no solo como un conjunto de criterios para mirar los aspectos procedimentales de las medidas legislativas y administrativas tomadas por las autoridades domésticas que reciben la inversión, sino también como una guía para limitar la amplitud al activismo judicial, reiterando el principio de unidad del Estado en el derecho internacional.

La combinación de estos criterios permite ver con un poco más de facilidad si hay, por ejemplo, deberes omitidos y hasta dónde se lleva el actuar u omisión estatal. Es decir, la perspectiva de la legitimidad material implica que la calidad en el cumplimiento del rol de las autoridades importa bastante. Asimismo, permiten dilucidar, con sus limitaciones, una diferencia que es tajante, que está por fuera del campo del derecho, pero que permite hilar actos en las denominadas *creeping expropriations*, que es ver la materialidad de hacia dónde se dirigen los actos de las autoridades en

comparación con las declaraciones formales de buenas intenciones y de beneficio público hechas por los sectores políticos mientras están en el ejercicio del poder.¹⁶

Frente a las futuras regulaciones que impliquen un punto de contacto con el derecho de propiedad, hay una potestad general de «crear las regulaciones necesarias y razonables para la protección de la salud, la seguridad o el bienestar público, a través de medidas no discriminatorias» (Prieto, 2012: 810), a la que se añaden las relativas de atención del cambio climático. El uso de estas fórmulas no se abre a cualquier tipo de regulación, como ya lo ha mencionado oportunamente la doctrina. De igual manera, no todas las regulaciones se fundan teóricamente en el interés público, también las hay con base en el interés privado, así como en la ideología y en el altruismo (Romero, 2008: 13-26). Por ello, las regulaciones sobrevinientes, además de surtir un proceso de discusión, deberán visibilizar cómo será su establecimiento, su entrada en vigor y cómo se ejercerán por los entes estatales. Que los mecanismos convencionales tengan mayores pautas de visibilidad del cambio regulatorio y mayor retroalimentación sobre versiones preliminares de la regulación refleja el margen y la amplitud del poder de la Corte Constitucional, así como su transgresión a la seguridad jurídica.

Cuando es la Corte Constitucional la que introduce modificaciones al objeto regulatorio, estas se suelen dar por medio de sentencias que en un primer momento no buscaron ese efecto, ya que en ese caso se hubiera utilizado alguno de los varios mecanismos de modulación de las sentencias (Escobar, 2006: 112). Cuando el Tribunal Constitucional asume por vía de interpretación el cambio de un objeto regulatorio, coarta en su activismo los mecanismos de control que ha establecido el sistema. Esto lleva a considerar cómo debieran ser los cambios y transiciones regulatorias, que analizaremos a continuación.

Lecciones de cambios tributarios en materia de claridad regulatoria y seguridad jurídica

Ante la inminencia de cambios regulatorios como ejercicio normal de las competencias de los Estados, en este apartado se ilustran soluciones y miradas desde el derecho tributario, en especial en asuntos como la entrada en vigor de la nueva normativa, por la carga que tiene sobre las actividades económicas y la propiedad.

16. La Constitución venezolana, en su artículo 115, establece: «Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes». La realidad institucional y social de este precepto es que la base para negarlo está en el actuar material de las autoridades de la República Bolivariana de Venezuela.

En materia tributaria se cuenta con premisas como la irretroactividad, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la buena fe. Para el caso de la norma tributaria, como lo manifiesta Cruz de Quiñones, además de observar la norma misma, se deben apreciar los regímenes con los cuales la reforma sobreviniente actúa, como las regulaciones laborales, de salud, de pensiones, entre otras (2014: 211). Esto deja en claro que regular hoy en día, independientemente de la especialidad, no es sencillo y que debe existir claridad sobre muchos aspectos que surgen con ocasión de la misma transición preceptiva en general, en la medida en que los presupuestos normativos se cumplen bajo una vigencia, con la perspectiva de tener efectos bajo un régimen distinto. En consecuencia, los actos administrativos, de nacimiento a la vida jurídica de situaciones, pueden no llegar a materializarse, quedando en suspenso: i) la confianza legítima, ii) la buena fe, y iii) la seguridad jurídica (Cruz de Quiñones, 2014: 215). En este sentido, la autora indica que los periodos de transición en los cambios regulatorios son necesarios porque permiten una sincronización con los hechos económicos —aspecto muy importante en el ámbito de la inversión extranjera—, que no solo es necesario como fundamento de las correspondientes tasas, impuestos y contribuciones, sino también dentro de la estabilidad y la claridad de las reglas de orden económico que requiere el mercado. Circunstancia que sería extrapolable al derecho del consumo, por ejemplo.

Como lo presentaron en su momento Weber y Sirithaporn, la seguridad jurídica, para el caso europeo y de la jurisprudencia tributaria en contexto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es un principio que busca que las partes tengan claras cuáles son sus obligaciones y derechos, de manera que haya certeza respecto de las consecuencias legales y económicas de sus actos (2013: 75). Las reformas legales, entonces, deben tener un conjunto de reglas sobre la claridad del régimen de tránsito de la legislación, especialmente de las normas para el caso de inversión, sus tributos y exenciones. Determinar estas reglas es un proceso muy sensible, ya que pueden determinar el establecimiento para el inversor en una localidad específica (Cruz de Quiñones, 2014: 217). Así, por ejemplo, el recorte en el tiempo de la vigencia de exenciones equivale directamente a afectar su proyección de pervivencia y rentabilidad económica.

Cruz de Quiñones insiste en que los regímenes de transición tributaria y regulatoria deben ser detallados y explícitos en los cambios, en vez de darse por entendidos bajo parámetros hermenéuticos y genéricos de los efectos de la ley en el tiempo, porque ello daría amplio margen de arbitrariedad al funcionario estatal y a la administración. Frente a un eventual silencio, bien puede acudir al principio de proporcionalidad como mecanismo moderador (2014: 215). Esto soluciona una parte de los cambios regulatorios, pero los productores normativos y reguladores múltiples de los ordenamientos jurídicos no siempre son diligentes en su actuar. En el caso de los países unitarios, los departamentos y los municipios, como en Colombia, tienen

competencias específicas y delimitadas, por ejemplo, las de los municipios en materia de propiedad inmueble. Esto multiplica los supuestos en los que, por un deficiente actuar de administraciones públicas, se puede incurrir en responsabilidad del Estado cuando los municipios regulan los impuestos sobre la propiedad inmueble o las actividades económicas sujetas a impuesto de industria y comercio. En otras palabras, un acto regulatorio subnacional puede interferir negativamente en la inversión extranjera, comprometiendo al ente nacional, como en el ejemplo de la declaratoria de páramos como sujetos de derechos.

Del mismo modo, la relatada experiencia del caso *Tza Yap Shum contra Perú* delinea que, incluso en infracción de deberes legales, los Estados deben moderar sus poderes sancionatorios, pues medidas como impedir operaciones al inversionista pueden ser homólogas a la expropiación, aun cuando sean estas cautelares en amparo del *ius puniendi* estatal. Como lo advierte Prieto, incluso en los actos previos a las sanciones, como lo son las medidas cautelares, se debe mirar la proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas a tomar (2012: 810).

El juez constitucional y su carga ideológica

La noción de «gobierno de los jueces», llevada a ese rol correctivo de control por la Corte Constitucional, conlleva asumir que pueden no solo reorientar el cumplimiento de la norma suprema, sino también injerir sobre las relaciones y los compromisos internacionales. Esto último, porque igualmente revisan la constitucionalidad de la ley que incorpora tratados internacionales en la legislación interna, y en los casos objeto de revisión de tutela pueden, en ciertas decisiones, sopesar más el componente de derechos humanos que los relativos a inversión y comercio (Urueña, 2015: xv). El problema de que esto suceda en la práctica es que puede producir efectos adversos, porque, como la manifestación judicial es la sentencia, en vez de haber un campo de acción de fijar la política con un posterior seguimiento, los obligados a la decisión se limitan a cumplir una resolución judicial.

Si bien las normas y políticas complementarias que acompañan el establecimiento de la inversión importan, y bastante, North (1990) y López (2022) advierten cómo las reglas judiciales son una ampliación de la regulación y de las reglas de juego, que pueden ser usadas para aumentar o limitar la participación en mercados globales, en la generación de valor agregado y a la hora de potenciar la capacidad interna del país (Prieto y Cardona, 2021: 3).

La teoría de la dependencia ha sido criticada en tanto atribuye limitantes de desarrollo internas a países extranjeros (Solorza y Cetré, 2015: 129), restando responsabilidad a los problemas estructurales internos en planeación, políticas de desarrollo y de coordinación de actores estatales, que influyen también en los resultados alcanzados y donde las Cortes son órganos activos. En este caso, si la inversión extranjera directa

junto con el actuar estatal no logran impactos positivos, no toda la culpa es atribuible a la inversión. El dividir internamente entre élites nacionales y clase trabajadora impide una alineación común hacia un desarrollo nacional (Bresser, 2006: 436).

En este escenario tan patente en la actualidad, de un discurso que habla de sobre explotación capitalista y de defensa de intereses nacionales ante potencias extranjeras, el neoconstitucionalismo parece ser, junto con las perspectivas que dan amplitud interpretativa al derecho, un escenario para un activismo judicial por tribunales constitucionales con efecto en ámbitos gubernamentales y relaciones internacionales. Esto nos sirve para reiterar, finalmente, que las competencias al interior del Estado son sumamente relevantes y que su ejercicio demanda cualificación, legitimación y ponderación para ser ejercidas, puesto que los Estados no son entes recién constituidos, sino que acumulan, en América Latina, más de dos centurias desde sus procesos de independencia, y ello supondría un mejor autodomínio de sus capacidades institucionales.

Conclusiones

América Latina está en proceso de giro ideológico hacia la izquierda política, la cual se acompaña con una mayor intervención estatal en distintas esferas de la vida política, normativa y económica de los países. Debido a esto, a las acciones gubernamentales se añaden las ampliaciones y modificaciones de los ámbitos regulatorios por la actividad de los tribunales y cortes constitucionales, como es el caso de Colombia.

Si la actividad interpretativa de los jueces se convierte en la delineación de un objeto regulatorio y sus posibilidades, hasta el punto de transformarlo radicalmente, se vuelve necesario modificar la regulación, porque los tribunales constitucionales no pueden tener claridad de hasta dónde introducen tensión al sistema interpretativo y cómo lo modifican. Solo en contados ejemplos tienen la capacidad de mantener un seguimiento de sus decisiones.

En estos casos, la postura del *gobierno de los jueces* parece llevarnos, por la amplitud hermenéutica, a una noción de *juez regulador*. La construcción de categorías conceptuales, como *justicia social* o *naturaleza de sujeto de derechos*, entre otras revisadas, implica la adopción de cargas ideológicas por vía de la transformación del lenguaje con serias implicaciones para el derecho, inclusive su negación. Puesto que estas fórmulas abiertas sientan precedentes para que las normas y pautas legales no sean límites, dejan un amplio margen de arbitrariedad para las autoridades estatales, generando, de este modo, inseguridad jurídica atribuida a esa falta de claridad, junto con muchas tensiones a nivel interno, ya que es una autoridad judicial territorial la que puede llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Conforme a esto último, el conjunto de medidas que se delinean en Colombia en torno a las modificaciones de los procesos sobre predios en ejercicio de la reforma

agraria y la protección de ocupaciones por colonos guarda zonas grises, que permiten identificar que a la propiedad se le derrocan sus protecciones y que hay una apropiación del lenguaje que usa la Corte para ampliar el espectro regulatorio por el rol correctivo de las normas, para que en manos del gobierno se tengan categorías muy abiertas, generando serias dudas sobre la seguridad jurídica.¹⁷ Esto pareciera ser un escenario estatal con apariencia de ocupación legítima de bienes de nacionales y extranjeros, que, acompasado con la inacción del Estado, entra en el delicado camino de la responsabilidad internacional por compromisos en materia de inversión, junto con la dejadez institucional que se muestra en ocasiones.

Las decisiones creativas de los tribunales constitucionales en Colombia, que están adoptando posturas de la ola del nuevo constitucionalismo latinoamericano en materia de protección del medio ambiente, llevaron a acoger los esquemas de cláusulas de aislamiento ante el arbitraje internacional, como lo tienen Bolivia y Ecuador. Por esta vía se adoptan, a la vez, posturas políticas de no permitir la explotación de recursos naturales, con traslado de un modelo económico distinto al constitucionalmente consagrado en Colombia. Esto equivale a ejercer poder reformatorio de la Constitución por vía de interpretación de control constitucional en sede de revisión de tutela o por fallos *inter partes* a *inter comunis* de jueces de instancia en los territorios, como observamos para el caso de los páramos.

Esto tiene el enorme matiz de que la Corte Constitucional en el caso colombiano parece arrogarse competencias en materia de manejo de política de desarrollo y de relaciones internacionales, al priorizar temas en el manejo gubernamental. Si se reconoce que las *creeping expropriations* se dan en un entorno de actos separados que tienden a un fin específico sobre la propiedad, debemos reflexionar no solo en torno a agregar actos gubernamentales que tienden a ese fin, sino también a cómo otros poderes públicos del país receptor de la inversión se alinean a ello, inclusive con sus omisiones, cuando el carácter de las medidas les implica clarificar cuál es el espacio regulatorio, por ejemplo, cuando hay inconstitucionalidades sobrevinientes que impiden la explotación de los recursos que previamente estaban autorizados.

Ante esto, la legitimidad formal y material ayudan a verificar si los cambios se tratan de un tránsito puro y simple de una nueva normativa en la forma procedimental de reforma, a la vez que ayuda a observar si el ejercicio de modificación ocurre dentro de las funciones estatalmente asignadas. Sin embargo, se albergan dificultades, como las presunciones de legalidad sobre normativas y actos potencialmente arbitrarios.

17. Al momento de escribir este trabajo, se habla en medios de comunicación sobre las posibles funciones de comunidades indígenas como gestores y certificadores de catastro a raíz de un proyecto de decreto del Gobierno Nacional. Véase Laura Saavedra Martínez, «La estrategia de Gustavo Petro para modificar el registro de la propiedad en Colombia», *Caracol Radio*, 6 de abril de 2024, disponible en <https://tipg.link/NAbV>.

La alternativa internacional de revisión en sede de arbitramento de medidas estatales bajo la proporcionalidad es una posibilidad en el derecho de inversiones que permite revisar expropiaciones indirectas, especialmente ante la tendencia latinoamericana de adopción de criterios para ampliar el ámbito regulatorio, aún con medidas judiciales que se manifiestan anticapitalistas, en cumplimiento de otros deberes constitucionales y contra lo establecido en el derecho de los tratados de la Convención de Viena de 1969 de no invocar normativa interna para incumplir acuerdos internacionales. De este modo, se evidencia que todo lo aquí expuesto aún resiste la mirada transversal de la responsabilidad internacional del Estado, que no fue tratada en este documento pero que es, sin duda, una línea futura de investigación en la materia.

Finalmente, es posible morigerar el drástico cambio de regulaciones con las lecciones que ha implementado la experiencia en el derecho tributario, que, por ser el área que afecta tanto al giro económico de las actividades inversionistas como a la propiedad, tiene pautas para transmitir claridad en marcos de cambio, lo que se puede extrapolar a otros escenarios.

Referencias

- ATENCIO, Gilberto (2015). «Tributación, regulación y principio de no confiscación en Venezuela». *Revista ICDT*, 73: 389-412. Disponible en <https://tipg.link/NALM>.
- BARKLEM, Courtenay y Enrique Prieto-Ríos (2011). «The Concept of “Indirect Expropriation”, its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments». *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 11 (21): 77-98.
- BERNAL, Natalia (2010). «El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales». *Estudios Socio-Jurídicos*, 12 (1): 11-34. Disponible en <https://tipg.link/NALQ>.
- BLANKE, Hermann-Josef (2010). «El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano». *Revista de Derecho Administrativo*, 9: 343-351. Disponible en <https://tipg.link/NALS>.
- BRESSER, Luiz Carlos (2006). «De la Cepal y el ISEB a la Teoría de la Dependencia». *Desarrollo Económico*, 46 (183): 419-439. Disponible en <https://tipg.link/NALV>.
- BONNITCHA, Jonathan, Lauge Poulsen y Michael Waibel (2021). *La economía política del régimen de los tratados de inversión*. Bogotá: Legis.
- BRITO, Luis y Emma Iglesias (2017). «Inversión privada, gasto público y presión tributaria en América Latina». *Estudios de Economía*, 44 (2): 131-156. Disponible en <https://tipg.link/NALf>.
- BUITRAGO, Esperanza (2016). *La crisis de los impuestos locales: El caso del ICA, alumbrado público y estampillas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- CABRERA, Orlando (2023). «La tensión entre el derecho a regular y los derechos del inversor a la luz del principio de proporcionalidad». *Revista de Derecho Económico*, 80 (2): 1-32. Disponible en <https://tipg.link/NALo>.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1998). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CERVANTES, Andrés (2017). «Nuevo constitucionalismo latinoamericano y arbitraje de inversión». *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, 30: 81-100. Disponible en <https://tipg.link/NAUo>.
- CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (2014). «Derecho transicional tributario y normas intertemporales». En *Memorias de las 38 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario* (pp. 207-244). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero.
- DELGADO, Carolina (2021). «¿La Corte Constitucional como referente del buen vivir?». *Razón Crítica*, 11: 129-150. Disponible en <https://tipg.link/NAU8>.
- ESCOBAR, Lina (2006). «La modulación de sentencias: Una antigua práctica europea». *Vniversitas*, 112: 91-110. Disponible en <https://tipg.link/NAUh>.
- FORTIER, Yves y Stephen Drymer (2004). «Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor». *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 19 (2): 293-327. Disponible en <https://tipg.link/NAU1>.
- FRYDMAN, Benoit (2018). *Breve manual práctico de derecho global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARGARELLA, Roberto (2011). «El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)». *Gaceta Constitucional*, 48: 289-306.
- HARRINGTON, Brooke (2020). *Capital without borders: Wealth managers and the one percent*. Cambridge: Harvard University Press.
- HECKER, Carlos, María Juppet, Joaquín Morales y Natalia Godoy (2019). «El poder reglamentario de los Estados y la expropiación indirecta». *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 25: 1559-1590. Disponible en <https://tipg.link/NAV4>.
- HOLMES, Stephen y Cass Sunstein (2011). «El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos». *Estudios Constitucionales*, 9 (2): 805-812. Disponible en <https://tipg.link/NAV9>.
- KALMANOVITZ, Salomón (1999). «Los efectos económicos de la Corte Constitucional». Documento de trabajo, Banco de la República de Colombia. Disponible en <https://tipg.link/NAVF>.
- LÓPEZ, Sebastián (2020). «Más allá del efecto y de la intención: La proporcionalidad en los arbitrajes de inversiones». *Revista de Derecho*, 22: 112-137. Disponible en <https://tipg.link/NAVW>.
- LÓPEZ, Julián (2022). *La inteligencia regulatoria*. Bogotá: Legis.
- MENDIETA, David y Mary Tobón (2018). «El (des)control de constitucionalidad en Colombia». *Estudios Constitucionales*, 16 (2): 51-88. Disponible en <https://tipg.link/NAVa>.

- MORGAN, Bronwen (2014). «De vuelta a la política: La trayectoria del Estado regulador en los países del sur». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 60: 5-26. Disponible en <https://tipg.link/NAVf>.
- MONROY, Marco (2008). «El derecho internacional como fuente del derecho constitucional». *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1: 107-138. Disponible en <https://tipg.link/NAVh>.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert y Marcos Criado de Diego (2011). «La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina». *Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1): 15-49. Disponible en <https://tipg.link/NAVo>.
- NORTH, Douglass (1990). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- OLANO, Hernán (2004). «Tipología de nuestras sentencias constitucionales». *Vniversitas*, 53 (108): 571-602. Disponible en <https://tipg.link/NAVp>.
- PEÑALVER, Patricio (2002). «Deconstrucción: premisas metódicas y efectos políticos». En Ángel Prior Olmos (editor), *Nuevos métodos en ciencias humanas*. Madrid: Anthropos.
- PRIETO, Germán y Eloisa Cardona (2021). «Las estrategias de inserción económica internacional de Colombia: Una valoración de la inversión extranjera directa y de los tratados de libre comercio». *Dados*, 65 (1): 1-34. Disponible en <https://tipg.link/NAVr>.
- PRIETO, María (2012). «Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 809-817. Disponible en <https://tipg.link/NAVz>.
- ROMERO, Juan (2008). «¿Capturados por nuestra suspicacia?: Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones». *Revista Chilena de Derecho*, 35 (1): 9-35. Disponible en <https://tipg.link/NAW1>.
- RÚA, Carlos (2013). «La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho: Una revisión desde el caso colombiano». *Ius et Praxis*, 19 (2): 85-122. Disponible en <https://tipg.link/NAW4>.
- RUIZ, Salvador (2011). «De los Estados fallidos». *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 11: 86-113. Disponible en <https://tipg.link/NAW9>.
- SOLORZA, Marcia y Moisés Cetré (2015). «La teoría de la dependencia». *Revista Republicana*, 10: 127-139. Disponible en <https://tipg.link/NAWM>.
- URUEÑA, René (2015). *Derecho internacional: Poder y límites del derecho internacional en la sociedad global*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- VESEL, Scott (2014). «A “creeping” violation of the fair and equitable treatment standard?». *Arbitration International*, 30 (3): 553-564. Disponible en <https://tipg.link/NAWP>.

- WEBER, Dennis y Thidaporn Sirithaporn (2013). «Seguridad jurídica, distribución de competencias y resolución de conflictos en materia tributaria: Visión desde el derecho tributario de la Unión Europea». En *Memorias de las 37 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario* (pp. 69-105). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero.
- ZIRION, Iker (2023). «Una invitación a repensar la disciplina desde las aproximaciones del Tercer Mundo al derecho internacional». *Revista Española de Derecho Internacional*, 75 (1): 161-187. Disponible en <https://tipg.link/NAXB>.

Financiamiento

Este documento presenta resultados del macroproyecto Retos del Estado Constitucional Contemporáneo, financiado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia, Armenia, y adscrito a la maestría en Derecho Público.

Sobre el autor

GERARDO FIGUEREDO-MEDINA es abogado y magíster en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario, Colombia. Es docente investigador del grupo Derecho Estado y Ciudadanía de la Universidad La Gran Colombia, Armenia. Su correo electrónico es figueredomedgerardo@miugca.edu.co.  <http://orcid.org/0000-0002-4566-4295>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López, Andrés Urzúa Farías, Maximiliano Aguirre Contreras, Ignacio Badal Acuña, Andrea Barros Ovalle, David Becker Maldonado, Martín Castro Arduengo, Fernanda Reyes Hinrichsen y Sofía Toro Molina

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).