



Revista de
**Direito Econômico
e Socioambiental**


PUCPRESS

periodicos.pucpr.br/direitoeconomico

Expropiación indirecta y ‘encubierta’ ¿La no protección estatal de la propiedad en Colombia?¹

Indirect and 'Covert' Expropriation: The Lack of State Protection for Property in Colombia?

GERARDO FIGUEREDO-MEDINA ^{1,*} 

¹ Universidad La Gran Colombia (Armenia, Colombia)

figueredomedgerardo@miugca.edu.co

Cómo citar: FIGUEREDO-MEDINA, Gerardo. Expropiación indirecta y ‘encubierta’ ¿La no protección estatal de la propiedad en Colombia? **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 16, n. 1, e281, jan./abr. 2025. DOI: <https://doi.org/10.7213/revdireconsoc.v16i1.30989>

Recibido/Received: 20.11.2023 / 11.20.2023

Aprovado/Approved: 26.09.2024 / 09.26.2024

¹ El presente documento presenta resultados del macroproyecto “Retos del Estado Constitucional Contemporáneo”, financiado por la Universidad La Gran Colombia, Armenia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales y adscrito a la Maestría en Derecho Público. Algunas de las ideas aquí escritas se presentaron en el simposio “Los límites de la regulación económica en Latinoamérica”, realizado los días 6 y 7 de septiembre de 2023 en la Universidad de Chile, evento organizado por el Departamento de Derecho Económico, el Centro de Regulación y Competencia y el Swiss Institute of Comparative Law. Las reflexiones finales del presente documento se dieron con ocasión del evento de premiación de la Edición 2024 del Concurso José Ignacio de Marquz en Derecho Económico.

* Coordinador de Investigaciones, Universidad La Gran Colombia (Armenia, Colombia). Magíster en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Abogado. Docente investigador del Grupo ‘Derecho, Estado y Ciudadanía’.

Resumen

El derecho de propiedad es de central importancia en el liberalismo económico, en la medida que permite la generación de utilidades y de más capital, el cual beneficia al Estado vía impuestos. Las actividades económicas por la globalización se desarrollan en múltiples Estados, por lo cual los sistemas jurídicos han creado garantías a inversionistas extranjeros para protegerlos de posibles expropiaciones. Llevar los Estados a instancias internacionales para responsabilizarlos por actos expropiatorios, ha generado una casuística internacional para limitar la procedencia de estos eventos, a la vez que ha generado pautas muy definidas sobre cómo debe ser el comportamiento de los Estados en el ejercicio de sus competencias. No obstante, estos criterios tan estrictos de protección a extranjeros y altas exigencias de calidad y actuar estatales para garantizar la propiedad, para los ciudadanos del correspondiente Estado las circunstancias pueden ser muy distintas, porque hay mayor amplitud estatal para el cambio de reglas de juego. El presente documento ilustra con el repaso de casos internacionales de ‘eventos expropiatorios’, cómo bajo estos parámetros Colombia parece en efecto ser menos garantista con sus ciudadanos, en torno a propiedad y activos de los habitantes del territorio. Entre la revisión de los casos internacionales de la práctica arbitral y el contexto colombiano, un balance estatal, surgen cuestionamientos a si hay protección de la propiedad o una expropiación progresiva de los habitantes bajo criterios que la práctica internacional ha aceptado como legítimos para cambios regulatorios y gravámenes a la propiedad, como lo es la causa medio ambiental.

Palabras clave: inversión extranjera; expropiación indirecta; omisiones estatales; propiedad; Colombia.

Abstract

Property is a central right in economic liberalism, it allows the generation of profits and economic growth, which benefits the state through taxes. Due to globalization, economic activities are developed in several states, so legal systems have created guarantees for foreign investors to protect them from possible expropriation. The demand for States to be held accountable by international bodies for acts of expropriation has created an international casuistry to limit the origin of these events, and at the same time it has created very defined guidelines on how States should behave in the exercise of their powers. However, such strict criteria for the protection of foreigners and high demands for quality and state action to guarantee property, the circumstances for the citizens of the corresponding state can be very different, because there is a greater state amplitude to change the rules of the game. This paper illustrates, through a review of international cases of "expropriation events", how, under these parameters, Colombia seems to be less of a guarantor for its citizens regarding the property and assets of the inhabitants of the territory. Between the review of international arbitration cases and the Colombian context, a state balance, questions arise as to whether there is protection of property or a progressive creeping expropriation.

Keywords: foreign investment; indirect expropriation; state omissions; property; Colombia.

Sumario

1. Introducción. **2.** La propiedad objeto de protección de inversión. **2.1.** La propiedad, su consagración y forma de afectarla. **2.2.** ¿Qué se requiere para que la propiedad se tenga por expropiada? **2.3.** La pérdida del derecho de propiedad en forma indirecta causada por la medida estatal. La casuística internacional. **2.4.** La restricción de criterios de expropiación. **2.5.** Examen de las medidas tomadas por el estado. **3.** Caso Colombia. **3.1.** Más allá del carácter estricto de regulación - utilidad de este criterio. **3.2.** Autorregulación de los actos administrativos al interior de los Estados. **3.3.** Decisión judicial e inversión – Su legitimidad aún dentro del principio de proporcionalidad. **3.4.** Limitación ex post de responsabilidad internacional en materia de afección a la inversión extranjera: interés general: justicia social, inclusión de excluidos, cambio climático. **4.** Conclusiones. Referencias.

1. Introducción

Además del órgano legislativo, los propios jueces y demás autoridades, están en la capacidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, lo cual pone de presente que la exigencia de un actuar institucional bastante cualificado, no es sólo a una autoridad puntual, sino que es transversal a la organización estatal.

La estabilidad sobre las reglas de juego y la ‘estabilidad jurídica’, proporciona por tanto, un escenario en el cual tiene cabida la decisión de la movilización del capital inversionista para realizar un establecimiento en un lugar distinto de origen, puesto que cada acto que se ejecute debe proporcionar la mayor certeza posible sobre las consecuencias políticas y económicas del actuar, en la expectativa de generar los réditos que se esperan de asumir este riesgo de invertir en un tercer Estado.

En la actualidad, la crítica al capitalismo y la propiedad, por parte de posturas anticapitalistas y ‘antiutilitaristas’, ha sido férrea. En casos en estas formulaciones, se reemplaza el uso del dinero, por la ‘teoría del don’, postura que se asume como medio de intercambio actitudes altruistas en beneficio mutuo como forma de negar la generación de valor (utilidades) a partir de actividades económicas, puesto que se reconoce en la propiedad ser motor del capitalismo y de su reproducibilidad en el comercio de bienes y servicios (Callon; Latour, 2011, p. 172). Si bien los bienes económicamente relevantes en el imaginario colectivo son los bienes inmuebles y los vehículos, son igualmente importante los bienes inmateriales, como lo es la propiedad intelectual.

En los correspondientes territorios nacionales, las empresas estructuran las cadenas productivas que si bien permite el abaratamiento de costos y una irrigación de las denominadas ‘externalidades positivas’ en las economías locales en las que participan, a la vez las expone al conjunto de autoridades territoriales (Valencia-Tello; Karam de Chueiri, 2014, p.190), las cuales tienen capacidades institucionales muy limitadas, en la medida que en la estratificación de los entes territoriales, más del 86% del territorio nacional colombiano corresponde a municipios de sexta categoría, la más baja. Estos entes, también tienen potestades tributarias, dentro de las cuales las referidas a impuesto de industria y comercio, como la de impuesto predial, son las más representativas en la tributación local como fuente de ingresos, además de las recibidas el sector central (Buitrago-Díaz, 2016).

No sólo la carga impositiva del Estado-Nación afecta la inversión, sino que las potestades tributarias de los entes subnacionales, con sus correspondientes facultades territoriales, como por ejemplo las medioambientales. Es decir, las facultades de reglamentar que se deben honrar la suscripción previa de los tratados de protección en materia de inversión, así como los de evitar la doble imposición, se mueve en estos niveles y con todo el conjunto de actores estatales, no solo el Gobierno Nacional (Hecker-Padilla *et al.* 2019). En Colombia, a pesar de intervenir las tres ramas del poder público en el proceso de adopción de los tratados internacionales, no hay a nivel estatal una plena ‘memoria’

de las obligaciones internacionales, para ser plenamente honradas, así como completo desarrollo de la articulación interna hacia honrar el correspondiente compromiso.

En resumen, se verá en primera medida que se entiende por bienes destinados a la inversión, el objeto de protección en el marco de los acuerdos bilaterales y seguidamente se abordarán las formas en que la propiedad se puede llegar a afectar por diversos tipos de actos estatales con base en una revisión de la práctica arbitral internacional. Seguidamente, se hace una consideración del caso colombiano. Si bien la restricción internacional del reconocimiento de la expropiación indirecta se da con base en el estudio de criterios muy específicos, con presentación puntual de algunas particularidades del caso colombiano, se ve a la luz de estos criterios una zona de grises ante lo que es la situación de los nacionales, su propiedad, dentro del escenario que delinea cómo el estado se debe comportar al cambiar regulaciones o en general, ejercer competencias estatales. Finalmente se ofrecen las conclusiones.

2. La propiedad objeto de protección de inversión

La aproximación al objeto de protección en materia de inversión como se mencionó en la introducción no está atada enteramente a bienes tangibles, para considerar también los intangibles, que, en la actualidad industrial y empresarial, son actualmente activos más valiosos que los primeros. Como bien indica Esis-Villarroel & de Abreu, la calificación de lo que es objeto de inversión, es mucho más amplio que una sola disposición de bienes. Es decir, los temas de derecho privado relativos a contratos no la limitan, sino que debe ser revisados en un conjunto del “*establecimiento de operaciones en una jurisdicción determinada*” (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022, p. 5). Lo anterior, contextualmente implica revisar todo el conjunto de regímenes de inversión que sean aplicables entre el inversionista en concreto y el estado receptor (Bonnitcha *et al.*, 2021, p. 8), así como la parte pública de autorizaciones y permisos que se requieren para proceder a la explotación económica.

En primer lugar, la descripción en concreto de lo que se entiende por propiedad, es materia de regulación en el correspondiente tratado internacional de inversión, con el apartado específico de bienes objeto de protección y las formas en que esta se afecta por los actos estatales. Entre los distintos instrumentos internacionales, habrá más o menos reglas uniformes, según el *modelo* de tratado de inversión que se haya negociado entre los países, dentro de los cuales hay multiplicidad, esto, tanto por las opciones ofrecidas por organizaciones internacionales (OCDE, etc.), como las opciones nacionales que se decantan según los propios intereses nacionales (Suárez-Rodríguez, 2023). Delimitada la propiedad por la legislación internacional en materia de inversión extranjera, lo que sigue es mirar el catálogo de afecciones de la propiedad objeto de inversión, que también tiene unos presupuestos, tanto por vía directa como indirecta, para lo cual la Unctad (2008) OCDE, entre otras establecen pautas. Igualmente dependiendo del tiempo en el cual fue negociado el correspondiente tratado internacional de promoción y protección de inversión, habrá criterios más específicos.

Por lo anterior se ha venido hablando de tratados de inversión de varias generaciones y según la generación correspondiente del tratado, tendrá hilos comunes en materia de protección y márgenes de acción común de los inversionistas, así como de los Estados en torno a la propiedad (Arroyo-Picard; Ghiotto, 2017, p. 43). Por esta razón, la elaboración de criterios para entender la expropiación, especialmente la indirecta, deben ser sustancialmente distintas a la expropiación directa, que tiene un cambio inequívoco de la titularidad de la propiedad. Esto, porque las formas de inversión son muy variadas y el establecimiento comercial se da por medio de diversos instrumentos financieros y jurídicos para la obtención de renta. No siempre es una sola empresa la que se establece, sino que la unión de diversos capitales foráneos puede proceder a la constitución de una tercera sociedad que lleve a cabo la explotación y generación de riqueza, que se desea aprovechar en el estado receptor de la inversión.

Con base en lo anterior se puede entender la propiedad como un conjunto de activos que se localizan para la producción de riqueza. En términos del Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones, entre España

y Colombia, se define como “*inversiones*”, todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio” del país receptor. Ésta es una definición de un tratado recientemente negociado por Colombia, a modo de ejemplo de cómo se entiende en la realidad contemporánea propiedad e inversiones. A la vez, también corresponde asumir, que en esta realidad, actos sutiles ejecutados por los estados que sumados conllevan a la expropiación indirecta, es la realidad de esta forma de tomar los activos de extranjeros que se establecen en un tercer Estado. Como lo menciona Faya-Rodríguez, la expropiación indirecta es la expropiación del Siglo XXI. No es la vía de sonadas noticias en medios, de toma directa y de traslado de la propiedad de un titular a otro (Faya-Rodríguez, 2013).

2.1 La propiedad, su consagración y forma de afectarla

La forma de ver la propiedad en sede internacional se ha dado en su mayoría dentro de la estructura heredada por el derecho patrimonial romano como base, más las correspondientes variaciones por las familias evolutivas de este derecho, lo cual nos remite a los tradicionales atributos de uso, goce, disposición de bienes². Como vimos, la propiedad objeto de inversión, al ser activos en general, puede consistir en bienes tangibles como intangibles, a la vez que los actos (y omisiones) por parte del Estado que la afecten, puede ser actos materiales e inmateriales. En este último caso, puede pensarse por ejemplo en declaraciones informales de un mandatario, en contra de la reputación comercial y financiera de un empresario internacional³ o un sector económico en particular.

Por lo anterior, la literatura ha decantado criterios con más facilidad para la expropiación directa, por su carácter explícito, mientras que para las segundas el cuidado interpretativo ha marcado la prudencia por la literatura y los criterios de decisión en tribunales de arbitramento internacional en que se han ventilado casos por medidas gubernamentales, en estudio de elementos circunstanciales que, de entrada permitirían ver medidas contra el inversionista, pero que la casuística internacional de los tribunales de arbitramento no ha validado, o si lo hace, lo hace tímidamente, usando criterios jurídicos restrictivos a favor a las medidas estatales, amparadas en motivos de utilidad pública, por ejemplo. Lo anterior no niega la afección real a la inversión, sólo la responsabilidad en ese escenario internacional.

No debe perderse de perspectiva las reconfiguraciones constitucionales del derecho de propiedad en procesos de reforma constitucional, que en algunos casos tienen el refuerzo de la prohibición de expropiación para los nacionales, con la mención de hacerlo conforme a procedimientos administrativos y judiciales, guardando correlación con los postulados de los tratados bilaterales en materia de inversión, en que sea con compensación previa al titular de los correspondientes bienes, siendo marginal la operatividad de la expropiación sin compensación al tenor normativo. Estas medidas están justificadas por utilidad e interés general, salud-salubridad pública, a la que se le suma en los últimos años, motivos medioambientales incluyendo la alusión a la mitigación del cambio climático.

La configuración de las medidas expropiatorias debe entonces someterse a procedimientos ciertos, y estar bajo criterios de proporcionalidad o de igualdad de las cargas públicas, que implica en los ‘Estados constitucionales’ contemporáneos, la reflexión de esa constitucionalidad del mecanismo de intervención. Sin embargo, la relevancia temática de compromisos estatales en materia de protección de derechos humanos, adquieren más preponderancia,

² Un ejercicio sintético de similitudes y diferencias está disponible en el portal Comparador de Constituciones del Mundo, disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/materia/proprght>

³ Las manifestaciones de un mandatario nacional en el marco del derecho internacional público, puede ser fuente de obligaciones para el Estado. Estas declaraciones de mandatarios con roles de Gobierno definidos, hace que los efectos sean de algún modo asimilables a estas formas de obligarse internacionalmente, pero con los efectos negativos, es decir: atribución de responsabilidad sobre un anuncio de medidas y más cuando se da por el titular de las facultades, en el sentido de la legitimidad formal. A estas ‘medidas blandas’ del Estado, se puede responder correlativamente con ‘medidas blandas’, como lo hacen los indicadores de organizaciones no gubernamentales, como por ejemplo el *Índice de Estado de Derecho 2020* del *World Justice Project*. Debe tenerse presente que, sin independencia entre los poderes públicos, estos pueden cooptados por otros. Siendo posible que medidas anunciadas en medios por un Jefe de Estado, luego sean medidas avaladas por otros poderes públicos, aún en incumplimiento de sus roles funcionales, siguiendo una línea de partido único.

que los compromisos en materia de protección de la inversión, así de estos últimos se derive sustento económico de su existencia, por vía de tributación y financiación del andamiaje estatal. A lo que se puede sumar el equilibrio de cargas públicas que asume un contribuyente, que no debe implicar que se endeude para pagar tributos.

A nivel interno la propiedad puede ser consagrada de distinto modo, como, por ejemplo, ser derecho fundamental en torno a su protección, con garantías reforzadas por su *estatus constitucional*. Este no es el caso colombiano, puesto que la propiedad se consagra como derecho económico social y cultural en el artículo 58 de la Constitución.

Cuando a nivel interno se deba afectar, las cargas públicas, el examen de afectación a la propiedad debe realizarse conforme a otros derechos también de carácter fundamental. La configuración del tratamiento y afección de la propiedad no podría entonces, desdibujar su carácter de fundamental y por esta misma razón, debe haber un énfasis en equilibrar este carácter (Covarrubias-Cuevas; Díaz de Valdés, 2021), ya que la propiedad y lo que se hace con ella en el circuito económico, no sólo importa al titular de los bienes, sino que importa, además, porque son requisito *sine qua non*, de las externalidades positivas de la inversión, como el generar empleo y tributación.

Afectada la propiedad, estas externalidades no tendrán escenario de realización, en la medida que el efecto sobre los demás agentes económicos en el país receptor de la inversión, también es indirecto. Una actividad económica establecida, genera además de los empleos directos, empleos y efectos indirectos en la economía, con la consecuente tributación; como lo es una empresa exportadora, que mueve sus productos por varias municipalidades además de la receptora. Frente a la propiedad, importa ésta y en la actividad que desempeña el inversionista, el conjunto de las condiciones de infraestructura a que da lugar su establecimiento. Por ejemplo, un país (o municipalidad), puede ofrecer excelentes incentivos fiscales para atraer el capital, pero si no tiene infraestructura para el tránsito de mercaderías tangibles, el inversionista no se establecerá.

En este sentido, una vez resueltas las circunstancias que detengan el establecimiento del capital a favor del inversionista, en términos de estabilidad y seguridad jurídica, las posibles afectaciones como lo son los tributos y los gravámenes voluntarios, el inversionista confiará y procederá a establecer su capital (Rodríguez-Piedrahita, 2019). En el ejercicio de su establecimiento económico, el inversionista no espera que los tributos por asumir sean en cotas que se conviertan en confiscatorios-expropiatorios sobre sus activos o utilidades (Herrera-Bernal, 2009, p.130), o como se mencionó, no espera que los tributos a su cargo le impliquen endeudarse para pagar al fisco o se conviertan en expropiatorios. Por ello ante la posibilidad de modificación de ‘reglas de juego’, por órganos legislativos (Congresos y Parlamentos), los destinatarios de la norma esperan que haya el suficiente efecto anuncio de los cambios sobrevinientes (Cruz de Quiñones, 2014), en pro de la claridad y seguridad jurídica, especialmente en materia tributaria (Weber; Sirithaporn, 2013).

En este punto, hay dos aspectos que deben ser revisados, uno es la realización de los cambios acorde con las reglas de institucionales del correspondiente Estado, lo cual nos lleva a las reglas de la legitimidad formal y material (Rua-Delgado, 2013), para verificar que las modificaciones se hacen según los procedimientos establecidos en el Estado. Igualmente, nos lleva a la percepción externa sobre la calidad de la gestión pública y cómo mejorarla.

En este último sentido hay dos visiones, una por ejemplo son los indicadores de la OCDE para los países que pertenecen a esta institución, los cuales miran aspectos como la gobernanza en seguimiento de ‘buena prácticas’ en materia de transparencia de políticas públicas, acorde con fines de una agenda definida y con claridad en la gestión del gasto público, de forma que sea patente una *accountability* sobre el ejercicio de la referida legitimidad. La segunda vista, es la de indicadores ‘independientes’, como los de *World Justice Project*, que tiene un ranking de índice del Estado de Derecho, para dar cuenta sobre los atributos del ejercicio de competencias al interior de los Estados, incluyendo la percepción sobre el funcionamiento e independencia de los poderes, ante las otras ramas del poder público.

2.2 ¿Qué se requiere para que la propiedad se tenga por expropiada?

La expropiación indirecta en inversión extranjera, es una afección a la propiedad o sus atributos, sobre la cual posteriormente ocurre un despojo de la continuidad de la actividad inversionista. No se trata de una traslación directa de la propiedad, la cual sería una expropiación directa. Por ello los actos y omisiones que se llevan a cabo contra el inversionista, pueden ser llevados a cabo u omitidos, tanto por entidades gubernamentales del distinto orden territorial, según la correspondiente organización político-administrativa del Estado receptor de inversión, que por el principio de ‘unidad del Estado’ del derecho internacional, comprometen este último. Por este mismo principio, debe mirarse el proceder u omitir de los demás entes estatales, como la fuerza pública, entes de control etc., porque ellos igualmente comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

Es importante, indicar que los actos u omisiones en la expropiación indirecta, buscan que el inversionista deje de desarrollar o tener el control de los activos (bienes) dispuestos para la obtención de renta y utilidades, que ha ubicado en el Estado receptor de la inversión. También es importante mencionar que actos de la rama judicial, como la administración de justicia, si su funcionamiento es defectuoso y tiene la entidad de privar al inversionista del ejercicio de su actividad, sea por actos propios de sus funciones, o por una articulación entre ramas del poder público, que den como fin este resultado (expropiar), con falencias de legitimidad del proceder judicial, pueden llegar a tenerse como expropiaciones (Figueredo-Medina, 2024b).

Este ha sido el caso venezolano de imposición de multas tributarias, que desembocan en procesos de cobro coactivo y toma-embargo-posesión de empresas, bajo el sustento de multas tributarias por ampliación del poder tributario. Estas medidas que fueron en algunos casos anunciadas por el Gobierno Nacional posteriormente son avaladas *ex post facto*, por el poder legislativo, como por la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo Nacional, que sirvieron de posterior voz de confirmación del Gobierno venezolano. Es decir, se dio una ausencia de autonomía en las instituciones como la justicia, que fueron la voz judicial de las decisiones del ejecutivo, como se ve en Venezuela (Atencio-Valladares, 2015) (Vega, 2018).

2.3 La pérdida del derecho de propiedad en forma indirecta causada por la medida estatal. La casuística internacional

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la OCDE, han establecido criterios sobre privación de la propiedad inversionista, que de manera sintética se puede resumir, en que, si siendo titular de la propiedad no se cuenta con las facultades de ser señor y dueño, fruto de acciones estatales (y omisiones), se debe considerar en efecto expropiado (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022, p. 78). Estos criterios aplican no sólo para los bienes en sí, objeto de explotación económica, sino que también debe acompañar la reflexión de la generación de las ganancias, es decir la propiedad sobre las utilidades y lo que acontece con ellas una vez generadas.

La reflexión se encamina, entonces, a revisar si hay pérdida de las facultades de uso, goce y disposición sobre los bienes, así como sobre las ganancias y plusvalías. Como se verá a continuación, hay un gran espectro de casos, dentro los cuales, siguiendo la doctrina, hay inequívocamente conclusión sobre que hay expropiación y en otros ello se discute.

En primera mención estaría, por ejemplo, el porcentaje de la afección del caso Burlington contra Ecuador (CIADI, 2014) frente a las ganancias extraordinarias. En este caso la implementación de la Ley 42 de 2006, modifica el porcentaje de Ecuador en los contratos de participación, llevando un escenario de cincuenta por ciento (50%) sobre los ingresos extraordinarios de utilidades por la extracción petrolera, cuando el promedio mensual de venta superara el valor de referencia FOB, para el mes correspondiente, al noventa y nueve por ciento (99%). Modificación que se hace por vía de decretos reglamentarios. Como se ve, el porcentaje de participación de Ecuador se extendió dejando un margen muy estrecho al inversionista.

Sobre el particular, es pertinente referirse al caso del reconocimiento de la expropiación a manos del Estado Ecuatoriano. Si bien, bajo una vista de absolutos, parece ser admisible negar la expropiación porque el margen normativo da un margen de 1% sobre las diferencias en el valor FOB a favor del inversionista. Es comprensible admitir que el Estado ecuatoriano, buscaba dejar un margen para no quedar marcado de entrada como expropiador, por conservar el inversionista un uno por ciento (1%) sobre ese mayor valor del crudo. Por esa razón aún detentaría propiedad en el sentido más estricto, puesto que expropiación se entendería, como una *no propiedad* en sentido completo.

En el contexto del caso de *Burlington VS Ecuador* y *Perenco VS Ecuador*, la reflexión conlleva a que no sólo se mira el proceder estatal en términos de expropiar en sí, sino también en si hubo o no un trato justo y equitativo. E igualmente deja entrever que, los tribunales internacionales de arbitramento al revisar el cumplimiento estatal de las obligaciones de los tratados bilaterales en materia de inversión, terminan reiterando el acato de las mismas obligaciones que el Estado debió cumplir en primer lugar, y que debió observar antes de la modificación de las regulaciones. Especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades tributarias.

En sede jurisdiccional de inversión, la existencia de expropiación por tributos no se considera por estimar que es un ejercicio legítimo del Estado la modificación de las pautas tributarias. En *Yukos VS Rusia* y *RosInvestCo VS Rusia*, las medidas en conjunto van más allá, para decir que hay expropiación por esa vía (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022), reconociendo que ‘el tratamiento acumulativo adverso’, es una expropiación, en la medida que los actos aisladamente no conducen a la privación de la propiedad, pero sí al ser mirados en un conjunto en su efecto sobre la actividad económica. Expresan Esis e de Abreu que “*debe existir una privación del uso y del disfrute económico de la inversión, así como la privación de los ingresos y de beneficios*” (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022 p. 79).

En *Valores Mundiales y Consorcio Andino vs Venezuela*, las presunciones de legalidad y de independencia de la justicia, tienen un reconocimiento muy delgado hacia una expropiación indirecta (Ciadi, 2017). Dicho de otro modo, las presunciones de legalidad de los actos de las otras ramas del poder público se han llevado al extremo permitiendo que se configure la denominada expropiación progresiva o *creeping expropriation*.

A pesar de ser consideradas medidas legítimas, la forma en que se da la regulación estatal se muestra suficientemente transversal y general para la población, que no permitiría la configuración de un ‘trato inequitativo’, puntual hacia el interés inversionista, a pesar de que la legitimidad en sentido formal y material se lleva al límite. En otras palabras, cuando no se considera la legitimidad de las autoridades, se llega a terminar de justificar una toma estatal de las propiedades de inversores, si se apela con suficiente solvencia argumentativa a fórmulas como el interés general (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022 p. 86).

En el caso *Valeri Belokon VS Kirguistán* (Ciadi, 2014), hubo expropiación, centrándose la revisión en los medios legales de cómo actuó el Estado. En este caso se usaron los medios legales de “protección del interés público”, para lograr el efecto de tomar bienes del banco. En *Quiborax vs Bolivia*, en una concesión para la explotación de ulexita, en zona de reserva nacional concedida en 1965, para el año 1998 se redujo el área de reserva. La legislación de 2003, de carácter general, podía auditar las concesiones y anular derechos mineros que se hubieren concedido y regresarlos al Estado. En 2004, el Estado actúa argumentando dificultades impositivas y aduaneras. El inversionista chileno, invoca el convenio de protección de inversión de 1994, declarándose afectado en los derechos de explotación. El inversor se consideró discriminado por la nacionalidad chilena del accionista mayoritario (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022 p. 82).

En otros casos se ha dado el ataque de la gestión, el uso y control de la propiedad, más la disminución significativa del valor de la inversión, a manos de actos del Estado. Fue así en *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Aboud Lahoud vs República Democrática del Congo*, El Congo afectó un vehículo corporativo de inversión. En los antecedentes de este proceder estatal, se citaron para fallar los casos de Santa Elena y Metalclad, en la medida que el actuar estatal, dejaron sin propiedad y sin beneficios económicos al inversionista (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022 p. 82). Es decir, en este caso se trató de derrocar la actividad inversionista, con diversos actos restando valor al establecimiento inversionista.

Hasta aquí se ha visto que no hay una única forma de actuar invocando el interés general, por lo cual las regulaciones bajo esta justificación no son tan fáciles de derrocar por la vía de decir que se está abusando de esta amplia cláusula de modificación del orden jurídico interno de los Estados, que puede ser usado para afectar el inversionista. Dicho en otras palabras, son necesarios criterios complementarios.

En el caso boliviano, se coincidió con un posterior cambio de gobierno, alineado con posturas políticas de izquierda, que posteriormente desembocarían en un proceso constituyente, que ha sido denominado '*el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*', el cual muestra una tendencia a resistir el arbitraje de inversión, con la consagración de cláusulas de aislamiento, en la medida que esta fórmula en los textos constitucionales permiten que la controversia se limite a su discusión en foros de derecho interno (Cervantes-Valarezo, 2017).

Frente al grado parcial o total de afectación de los bienes del inversionista, como frente al tiempo por el cual estos pueden resultar afectados, Esis e de Abreu, mencionan que no hay criterios unívocos en esta materia, pues la práctica internacional cuenta con ejemplos en ambos sentidos. Ante lo primero, recuérdese que las versiones más estrictas de interpretación permiten asumir que si hay un margen de propiedad del inversionista (un 1%), se entiende que no ha sido desposeído del todo de sus bienes, al tener aún propiedad en algún porcentaje. Como se mencionó en el caso de las cuotas sobre utilidades extraordinarias de Ecuador sobre el mayor valor del crudo, las medidas para ser tomadas como expropiación se dice, deben ser radicales. Dicho en otras palabras, si los cambios son varios y subsiguientes en las medidas regulatorias, dan campo a adaptaciones, como sucede con las reformas tributarias, no habría lugar a que se configure la expropiación indirecta.

Este modo de no considerar la expropiación indirecta, por la gradualidad de la modificación de 'las reglas de juego', permite que se configuren casos como el venezolano de *Mobil Corporation c. Venezuela*, en donde hubo incrementos de impuestos y regalías, como efecto proveniente de un cambio de regulación, haciendo que la participación estatal en el sector se aumentara de forma forzada, hasta una nacionalización del sector (Italaw, 2017). Sin embargo, donde algunos ven gradualidad como normalidad del ejercicio de competencias estatales, otros ven expropiación progresiva, o *creeping expropriation*.

Finalmente, las restricciones al uso y posesión de la propiedad pueden ser totales o parciales y no todas enteramente dentro del ámbito de la actividad de la empresa, sino relacionadas a esta, con actos de persecución de los empresarios y de trabas o argucias administrativas que impidan operar al entramado económico, mediante actos administrativos, penales entre otros. En el marco de la Doctrina UNCTAD, son tres requisitos: *i)* el tiempo que duran las medidas que afectan la inversión *ii)* la legitimidad de las medidas tomadas por el Estado (egipcio) 2a: fin perseguido por el Estado (esto implica motivación) 2b: las reglas de protección de la inversión del derecho internacional público (satisfacción de requisitos que demuestren controles que no inscriban al Estado en eventos arbitrarios y expropiatorios. *iii)* la 'proporcionalidad de las medidas', por lo cual es bueno inferir que la planeación y la argumentación, no se pueden basar en figuras genéricas, del tipo interés general, o interés o razón de Estado en "abstracto".

En lo referente al tiempo de las medidas que afectan la propiedad, la orientación inicial es pensar que la misma debe ser prolongada en el tiempo para generar gran afectación al inversionista, en la medida que el tiempo generaría una afectación mensurable en términos de su pérdida, uso y control de activos. Sin embargo, en términos del circuito económico de la generación de riqueza y de la velocidad negocial de la contemporaneidad, a la propiedad, uso y control, puede ser breve, pero afectar gravemente el flujo negocial, como lo sería por ejemplo cuando se procede al embargo de cuentas y no se deja operar el establecimiento inversionista, impidiendo generar riqueza, como cumplir obligaciones. En igual sentido, cuando en términos reputacionales se afecta la reputación de un empresario o grupo, imputándoles delitos o hechos que hagan decaer el valor de cotización de acciones del correspondiente empresario o grupo.

Por lo anterior se debe tener presente, las medidas de autoridades gubernamentales, y las de los otros poderes constituidos en el Estado. En el balance hecho por Esis e de Abreu (2022 p. 86), las autoras indican que bien

puede ser un periodo de tiempo de entre tres (3) semanas a unos seis (6) años las medidas estatales que facetan la inversión. Pero medidas en atención al daño reputacional que se puede infligir a una empresa o sus directivos, medidas de un tiempo menor de tiempo, deben ser también consideradas, por la lesión en las actividades comerciales como cuando se trata de impedir el tránsito de mercaderías perecederas.

También, se puede pensar en las medidas que imponen multas o congelan las operaciones financieras de empresas, cómo se dio en el caso del corralito en Argentina en la prohibición de retiros en efectivo de las cuentas bancarias (Kapiszewski, 2006) en los inicios de los años 2000. Las acciones estatales pueden ser suficientemente breves en de tiempo, pero derrocar fuertemente la operación financiera que busca generar las utilidades. Por lo cual, la mejor manera de acompañar la visión sobre las medidas lesivas al inversionista es observar las mismas en función del daño económico al establecimiento que se ha hecho en el país receptor.

Las sociedades de economía mixta bajo algunos regímenes estatales pueden implicar una toma de la parte privada más fácilmente por tener el ‘Estado’ dentro de la misma configuración empresarial, aumentando aquel su participación en el control y dominio de la empresa. Esto puede darse por ejemplo, cuando el Estado siendo el accionista mayoritario de una empresa toma medidas contra la misma, como impidiendo el desarrollo de su objeto social: la actividad empresarial⁴.

En el caso de *SD Myers VS Canadá*, tratándose también de una prohibición de explotación de una patente, tendiendo la referencia a la expropiación en el caso a la marginalidad, deja en claro que las prohibiciones subsiguientes de explotación, así sean temporales, pueden derrocar el establecimiento económico, sin que esto implique una transferencia de la propiedad, pero con efecto en la actividad comercial como para derrocar sustancialmente el valor de la inversión que se ha hecho. Estas circunstancias, pueden ser en el trasfondo una toma en cubierta de la propiedad de la inversión, así sea dilatada en el tiempo.

Este anterior caso guarda similitud con el que es el evento sufrido por RCTV (Radio Caracas Televisión) en Venezuela a manos del Gobierno de dicho país, con la no renovación de la concesión para uso del espectro electromagnético, procediendo además a la toma de los activos de RCTV. Este caso que no es de inversión extranjera, ofrece elementos sobre cómo se da la toma progresiva de propiedad, por los eventos complementarios de la no renovación de la licencia de uso del espectro electromagnético, que como se ve es la no actuación gubernamental de las solicitudes que debe revisar según sus funciones ordinarias. Es decir, el funcionamiento imperfecto de la administración pública puede lesionar gravemente las empresas (nacionales y establecidas con inversión extranjera directa), cuando su funcionamiento imperfecto, implica correlativamente lesión de la actividad productiva. El paso del tiempo a la expectativa de medidas que no se toman, hace que en estos eventos puedan verse como una ‘expropiación dilatada en el tiempo’ por omisión administrativa.

Frente a las medidas de carácter sancionador y de restricciones al inversionista, se relata el caso Sr. *Tza Yap Shum vs Perú*, en el cual inversionista fue sujeto de medidas cautelares previas para el pago de una deuda tributaria originada en poca claridad de sus libros contables y consecuentemente, inexactitud sobre los tributos adeudados. El inversionista fue requerido al pago de tributos en mayor cantidad a las ventas reportadas. Las medidas cautelares tomadas en el caso incluyeron notificar a los bancos del sistema financiero peruano, a que procedieran a la retención de fondos, acciones y otros valores de TSG, compañía del inversionista *Tza Yap Shum*, y de entregarlos al Banco de la Nación. Las medidas impidieron operar al inversionista, lo cual lo llevó a un proceso concursal. El tribunal de arbitramento reconoció la expropiación indirecta a favor del inversionista chino, no obstante, se confirmaron multas a cargo de él a lo largo del proceso arbitral (Ciadi, 2011; Prieto, 2012).

En resumen, los casos en la administración de justicia arbitral tienen criterios variados sobre las medidas estatales que se dilatan en el tiempo para afectar la inversión que se ha establecido. Puede decirse que la variación

⁴ Este parece ser el caso en progreso de la Empresa Ecopetrol, bajo el Gobierno de Gustavo Petro, en la que medidas de carácter medioambiental de mitigación de efectos del cambio climático, se tienen como argumentos para no ejercer el objeto social de extraer petróleo y gas. Esto ha causado un derrocamiento del valor de la acción que afecta a inversionistas nacionales: accionistas minoritarios.

en las 'reglas de juego' y la forma de proceder de los Estados, incluso cuando el inversionista comete faltas, lleva a la reflexión sobre cómo los poderes públicos estatales, están en la realidad contemporánea sometidos a una mayor rigurosidad y cualificación de su actuar. Es decir, que las presunciones de legalidad y legitimidad de su actuar, deben ser vistas en un contexto de autonomía estatal, pero en ejercicio de una soberanía limitada por los compromisos y estándares internacionales, incluyendo los de inversión, que son fuente de vinculación y cumplimiento para todos los poderes públicos, incluyendo la jurisdicción, en virtud del principio de derecho internacional de unidad del Estado.

La apertura del derecho a la realidad para traer al derecho elementos de teorías marxistas, a pesar de decir que sólo se inspiran en ellas, ha conllevado a decir que con esa apertura a otras áreas se corrigen aspectos del derecho de pensamiento liberal, pues es '*arbitrario, incoherente y profundamente injusto*' (Faralli, 2007, p. 53), pero en realidad conlleva a que se tomen las decisiones concretas como realización de ajustes en esas direcciones, con apartado de los textos normativos.

La respuesta natural, es que la misma apertura del derecho a la realidad, debería contemplar los aspectos económicos y contables del funcionamiento negocial, aspecto que ya se da en el ámbito del derecho tributario. Esta apertura y regreso del aspecto económico, evitaría que decisiones del ámbito interno tengan efectos contrarios disparatados en aplicación del derecho, como tutelar los derechos humanos, pero hacer responsable internacionalmente al Estado por variar o impedir la explotación de un establecimiento inversionista, o propiamente expropiarlo por vía indirecta, o permitirlo progresivamente, o impedir el ejercicio de actividades económicas bajo argumentos de protección medioambiental o con altas cargas tributarias.

Cooter y Ulen (2016, p.89) advierten que este efecto del amplio margen judicial de determinación del derecho da problemas en el ámbito del derecho civil, en la medida que el activismo del juez presenta riesgo por su amplitud, y puede hacer que los poderes públicos entren en conflicto. En este aspecto se abren dos campos de consideración: i) los problemas de orden interno que dan lugar al incumplimiento de este tipo de resoluciones judiciales (activistas) sean de jueces de instancia o de tribunales de cierre ii) la forma transversal del ejercicio de los poderes públicos, en términos de seguridad y de legitimidad (formal y material) de su actuar; es decir mirada esta seguridad como la certeza jurídica y la claridad del seguimiento y estabilidad de las reglas de juego, que se espera del cumplimiento de funciones de las autoridades públicas, según los roles definidos constitucional y legalmente.

Ejemplo de esta complejidad institucional con el agregado del actuar judicial, está el caso *EcoOro vs Colombia*, originado en una demanda de inconstitucionalidad que desemboca en la Sentencia C-035 de 2016, que genera inseguridad jurídica dentro de las explotaciones autorizadas a concesionarios extranjeros en zonas de páramo. Ante la imposibilidad de seguir en la explotación en las condiciones de la licencia que los autorizaba, EcoOro procede a adelantar el trámite de solución de controversia, puesto que no podía continuar con la explotación de la concesión, ni con posibilidad de que la concesión se extendiera por la inconstitucionalidad sobreviniente de la norma. Adicionalmente a este caso de constitucionalidad, se sumó el de la Sentencia C-273 del mismo año, que atribuyó a las autoridades municipales el vetar actividades de minería en sus territorios, por lo cual aún, cuando la Nación clarificara jurídicamente los términos de la concesión, la falta de certeza jurídica no se clarificaría sólo por actos del Gobierno Nacional, pues las municipalidades detentan la potestad de impedir el ejercicio inversionista.

Este conjunto de decisiones, demarcan porqué estas deficiencias en las administraciones locales y pocas condiciones institucionales, tienen el potencial de comprometer (y con facilidad) la responsabilidad del Estado, en virtud el principio de unidad del Estado del Derecho internacional. Subsiste la dificultad de conocer los desempeños de los entes territoriales de los países de manera agregada, porque si bien los establecimientos económicos se hacen en 'sede nacional', la recepción final se da en los municipios. Esto explica por qué los Estados buscan la restricción de los criterios de reconocimiento de la expropiación indirecta a la vez que busca que las medidas regulatorias sean más amplias, mientras temáticamente adquieren más compromisos internacionales. Tres ejes y tres direcciones que parecen contraponerse.

2.4 La restricción de criterios de expropiación

Los criterios de expropiación tienen dos vías de construcción, la correspondiente a los criterios uniformes por guías previas de carácter general, sean las propias de los tratados bilaterales para protección de la inversión, así como las correspondientes a decisiones de los tribunales internacionales de arbitramento, con base en los criterios anteriores.

Los criterios de responsabilidad estatal están en cada tratado y estos se pueden agrupar en lo que la doctrina ha denominado: ‘las generaciones de tratados de inversión’. Estos delimitan la responsabilidad de los Estados, con base en el principio de derecho internacional público, *pacta sunt servanda*. Se especifica en los tratados, las “medidas equivalentes a expropiación”, a la vez que una vez llegado el caso concreto al arbitraje, en los laudos se da el margen de apertura a la consideración de los mismos, como “*determinar la privación sustancial de la inversión y el tiempo de duración de la medida regulatoria, como elementos de una expropiación indirecta*” (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022, p.5).

Sobre la base de los acuerdos internacionales en materia de inversión, la UNCTAD ha decantado criterios para la modificación de los tratados hacia la “[i]nversión, innovación e iniciativa empresarial” (DAPCP, 2017), sobre los cuales hay constancia del interés en refinar los elementos como “el derecho a regular” y la “compensación” por expropiación (DAPCP, 2017, p.7). En resumen, la expropiación indirecta se trabaja con los criterios una vez visto el tratado. Luego, se revisa caso a caso por la correspondiente solución arbitral que se tramita, con un mayor o menor seguimiento de los casos resueltos previamente por otros tribunales arbitrales, sin que haya una conexión entre ellos al modo de ‘precedente judicial’.

En la actualidad, los nuevos tratados bilaterales relativos a inversión extranjera directa frente al tema de la expropiación indirecta, tienen como pauta, las guías de UNCTAD y OCDE. Para esto el articulado del correspondiente instrumento refiere lo puntual sobre la expropiación, particularmente la directa.

La literatura de las organizaciones internacionales tiende a ser muy clara en la distinción de las medidas expropiatorias en torno a si son de carácter directo o indirecto. Para ello, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC-WTO), en el documento del Grupo de Trabajo, sobre la relación entre ‘Comercio e Inversión’, se refiere sobre la protección de la inversión, puntualmente a la compensación bajo la fórmula Hull (). Para entender la expropiación en términos adecuados, se busca que esta tenga criterios claros y se dé por: *i)* fines o propósitos públicos *ii)* de una forma no discriminatoria *iii)* de acuerdo con las reglas del debido proceso legal, y *iv)* bajo el pago de la compensación (WTO, 2000, p.2).

En otras palabras, el ejercicio de las facultades regulatorias es posible siempre que se cumplan los requisitos anteriores. Siendo limitada la procedencia de esta expropiación sin lugar a indemnización, la cual en algunos eventos es posible por razones de salud pública y protección del medio ambiente. La literatura sobre el seguimiento de los parámetros expropiatorios, es clara en sugerir que el ejercicio de las facultades regulatorias sean en un ambiente de transparencia con el inversionista, y no se haga de forma discriminatoria, que es en general una recomendación de la UNCTAD (Esis-Villarroel; de Abreu, 2022, p. 92).

A la luz de los casos revisados anteriormente, la claridad regulatoria y su transparencia no se ve sólo en las condiciones de normalidad, sino que se ve especialmente en las condiciones donde la resolución de las reglas que no son claras, incluyendo los escenarios de indefinición jurídica propiciados por fallos de tribunales constitucionales, demandan las explicaciones de cómo proceder sin impedir la actividad inversionista o de privarles de un trato equitativo. Así como no sometiendo a los inversionistas y a sus propios nacionales a una suerte de ‘montaña rusa’ regulatoria,

Por lo cual examinar cómo es la toma de medidas será el paso subsiguiente.

2.5 Examen de las medidas tomadas por el estado

Hasta aquí se ha visto que las medidas expropiatorias de manera indirecta adquieren la forma de actos normales del Estado en ejercicio de sus distintas funciones y niveles territoriales, en virtud de la unidad del Estado, que son sobre la cual se mira la legitimidad de las medidas que toma el anfitrión de la inversión. Esto en el sentido de que las reglas estatales en la conformación del poder político y administrativo, como su ejercicio, importan en cuanto a su acatamiento, porque el inversor que se establece, además de enfrentar circunstancias de mercado, asume los riesgos políticos del Estado receptor con quien espera tener una relación cordial y amistosa (Fernández-Masiá, 2007, p. 11). En otras palabras, los aspectos de legitimidad estatal también importan al inversor, porque es parte contextual de su establecimiento.

Rúa-Delgado divide la legitimidad dos campos, la legitimidad formal y la legitimidad material (Rúa-Delgado, 2013, p. 85). La *legitimidad formal*, se refiere al seguimiento de las pautas normativas que habilitan ocupar el correspondiente cargo público, sea, bien por ejercicio del voto popular o bien, por el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de aquel, si es un cargo de carrera administrativa o técnico, por ejemplo. Es decir, la legitimidad valida las condiciones de elegibilidad para esa persona y que serían una antesala de cumplir adecuadamente el rol del cargo que asume. La *legitimidad material*, se refiere al ejercicio de las atribuciones del cargo una vez se ha llegado a él. Es decir, la legitimidad material, mira el ejercicio de la autoridad según las pautas normativas y los roles funcionales del poder público, en lo que es el ‘servicio público’.

Vistas *a contrario sensu* ambos tipos de legitimidad, tendrían sus opuestos que serían la *ilegitimidad formal*, es decir, ejercer el cargo sin haber cumplido las reglas procedimentales para ello, y la *ilegitimidad material*, el ejercicio del cargo hacia fines distintos de los establecidos en el correspondiente conjunto de reglas del empleo público, como en vez de favorecer el ejercicio de la industria minero-energética y petrolera, propiciar el decrecimiento o derrocamiento del sector.

Igualmente, por más que estén regladas las formas de actuar del funcionario, hay campo para el ejercicio del cargo en un ámbito de arbitrariedad, dejando espacio para tomar medidas lesivas a la propiedad. Por lo anterior, se hace necesario revisar criterios de determinación de si ese actuar es lo suficientemente legítimo para entenderse como una actuación estatal en el ámbito normal de competencias, sin que dé lugar a enunciar de ellas una posible expropiación indirecta⁵. Desde el punto de vista de las habilitaciones para el actuar de los agentes estatales, estos sólo pueden hacer aquello para lo cual están facultados y la ‘cascada normativa’ de habilitaciones para ello, será la que indique en cada caso concreto y por la materia de que se trate, se ha actuado conforme a derecho.

Para el caso de las limitaciones a la propiedad, Covarrubias y Valdés (2021, p1), indican que las que son intrínsecas del derecho, por su construcción histórica: los atributos de uso, goce y disposición, se complementan con las garantías de esta, correspondiente a instrumentos civiles y administrativos de su tutela. Entre estos últimos, se espera del actuar por las administraciones públicas, el respeto a la ‘igualdad’ de ‘cargas públicas’, e igualmente que se respete el “contenido esencial del derecho de propiedad”. Para ello es útil el “principio de proporcionalidad”, para discernir anticipadamente sobre las regulaciones sobrevinientes y los cambios regulatorios, especialmente cuando se trata de medidas que, siendo un ejercicio de la potestad legítima del Estado, se desea que no afecte derechos de terceros.

El ‘principio de proporcionalidad’ no siempre tiene una existencia normativa uniforme, pero cuenta con una existencia como institución en el derecho interno de los países y con adopción por tribunales internacionales. Si bien Covarrubias y Valdés presentan criterios que conllevan esta mirada del principio de proporcionalidad por la Corte

⁵ La realidad colombiana presenta en el escenario político reciente, los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio tendientes a la revisión del actuar de entidades públicas que no desempeñan funciones relevantes, para ejercer sobre ellas investigación contra empresas. En este caso la empresa afectada es Thomas Gregg & Sons, y la entidad pública visitada: Registraduría Nacional del estado Civil, que no es un actor económico sino entidad pública encargada de organizar y llevar a cabo las elecciones populares y el registro de identidad de la Ciudadanía. La empresa involucrada, es contratista del estado en el campo de identificación: elaboración de pasaportes y de logística, tecnología e informática de las elecciones.

Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Alemán, y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, lo que puede verse es que se evidencia entre los sistemas jurídicos de estas jurisdicciones y sistemas, el consenso sobre el equilibrio de cargas públicas y de un proceder no arbitrario de la Administración Pública o Estado en sentido amplio.

La importancia de la proporcionalidad radica en ser una forma de “*pre-testeo*” de estabilidad y seguridad jurídica que permita en el proceso de construcción de medidas reglamentarias, legislaciones y órdenes judiciales, saber de antemano si su diseño puede lesionar la igualdad de las ‘cargas públicas’. Esto nos lleva a la reflexión, de que el actuar estatal, debe contar con una igualdad mínima de cargas públicas, completamente compatible con la configuración de la compensación en la eventualidad de que se proceda estatalmente por vía de expropiación directa. Para la indirecta, este principio ayudaría a develar casos de expropiación con fuente difusa de la afectación a la propiedad, si se procede a la suma de los eventos (Faralli, 2007).

La relevancia adicional de la transversalidad del ‘principio de proporcionalidad’, es que permite solventar las dificultades de diálogo en tres áreas: *i)* el derecho internacional público *ii)* el derecho internacional en materia de inversión sobre bajo y qué criterio revisar el conjunto de actividades estatales que dan lugar a las ‘*creeping expropriations*’, *iii)* el derecho público interno.

En América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha conocido casos relativos a las expropiaciones, en demanda de protección sobre el derecho a la propiedad privada del ‘Artículo 21’ de la Convención Americana. Se trata del caso de Grainer vs Venezuela (Corte IDH, 2015), sobre la no renovación de la concesión a Radio Caracas Televisión (RCTV) sobre la toma de los bienes de RCTV, bajo una serie de medidas cautelares innominadas. Este caso que no es de inversión internacional, en la solución de los recursos internos, se ventilaron en entre otros: *i)* la no renovación de la concesión a RCTV para el uso del espectro electromagnético *ii)* las medidas cautelares impuestas por la Sala Constitucional *iii)* la posible afectación al valor de la acción de propiedad de los socios de RCTV. La Corte Interamericana en la solución del caso desestimó los puntos relativos a la propiedad, bajo el elemento jurídico de que la Convención Americana es relativa a derechos de personas naturales, limitándose a revisar sólo en la medida que los accionistas son este tipo de personas.

Por la ‘complejidad’ accionaria de la sociedad RCTV, se desestimó el estudio con mayor profundidad en la medida que no se veía una relación directa en la afectación a las personas naturales. La Corte prosiguió en su momento con el estudio del caso por la afectación de periodistas y trabajadores como personas naturales. En 2020 la CIDH revisó el cumplimiento del caso, para concluir, que no se ha resuelto lo dispuesto por la Corte (CORTE IDH, 2020), porque el Estado venezolano no ha adaptado su actuar a lo mandado, derechos entre los cuales no estaba la propiedad.

Este caso deja patente que la disposición de recursos internos de protección de la propiedad, no son del todo uniformes para los ciudadanos y los inversionistas extranjeros. Es decir, los ciudadanos en el caso venezolano no fueron protegidos por los recursos internos en la medida que la variación de las condiciones estatales, en este caso para RCTV, permitió al Estado derrocar los bienes de la sociedad con aval jurídico interno. El Sistema Interamericano, a pesar de emitir una sentencia favorable a los intereses de los accionistas, no significó protección alguna a la propiedad.

En la sentencia del caso inicial (2015), se presentó una diferencia de dos votos en lo referente a la violación de la propiedad privada. El voto particular de Ferrer Mac-Gregor Poisot, considera que la CIDH estudió la propiedad de manera aislada, cuando debió considerarla como una parte más de la libertad de expresión, puesto que los bienes con los cuales se ejerce el derecho son aparatos y enseres para la difusión de información, lo cual realiza el derecho. Considerando además que la RCTV y sus accionistas sufrieron una pérdida del valor de las acciones, que venía además de la espera de la renovación de la concesión, que en este caso no fue otorgada, dejando claro que se trata de una incautación de bienes sin indemnización, fruto de medidas cautelares innominadas e indefinidas en el tiempo, ordenada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Este caso nos pone de presente, que los elementos de legitimidad material y formal sí deben ser de preferencia revisados en los casos que se susciten de controversias sobre la propiedad, como criterios

complementarios a mirar si la actividad estatal ha sido no arbitraria. Puesto que, en lo expuesto precedentemente, es muy dicente que en este caso una Sala Constitucional, sea la que propicie la vulneración del derecho de propiedad en este caso.

En casos distintos al de RCTV donde haya la posibilidad del afectado de acceder a un mecanismo bilateral de protección de la inversión, éste podría contar con una mayor consideración frente a la propiedad y sus atributos ante la correspondiente instancia de inversión (López-Sánchez, 2011).

3. Caso Colombia

En Colombia la propiedad esta constitucionalmente consagrada como derecho económico social y cultural (Desc-Desca), y fundamental en conexidad con otros derechos (Pérez-Solano, 2016). Independientemente de la fórmula, en ambos eventos lleva a que la regulación debe mantener el ‘contenido esencial del derecho’. La configuración como DESC, hace que la regulación que afecte la propiedad se puede tramitar por la vía de ley ordinaria, y por lo tanto no es necesaria la ley estatutaria, la cual requiere mayorías calificadas para la aprobación de los proyectos de ley y además, está sujeta a un control de constitucionalidad previo.

La Corte Constitucional ha examinado la figura de la ‘expropiación indirecta’ en materia de inversión en los eventos de control de constitucionalidad de tratados y acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de protección de inversión. Estos son los casos de, la ley aprobatoria del tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, el de la ley aprobatoria del acuerdo de libre comercio entre la Republica de Colombia y la República de Corea, y el acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones.

Si bien en un inicio la revisión de la constitucionalidad de las cláusulas sobre expropiaciones indirectas se hizo en confrontación con el artículo 58 de la Constitución Nacional, no se pasó del todo por alto la revisión de este tipo de cláusulas en los acuerdos bilaterales en materia de inversión, y la historia de ellas frente a la toma de la propiedad por estados y gobiernos de corte socialista en otros países, por lo cual la expropiación indirecta busca proteger el establecimiento inversionista de este tipo de eventos (Corte Constitucional, 2009).

De acuerdo con la Sentencia C-294 de 2002 se delinea que en los tratados pueden establecer la indemnización previa o posterior al ejercicio de la expropiación por vía administrativa o judicial, en virtud del ‘debido proceso legal’. En esta Sentencia no se revisó la expropiación indirecta, y en lo relativo a las expropiaciones, para declarar las normas del acuerdo ajustadas a la Constitución, se comparte en buena medida los presupuestos de la denominada ‘cláusula Hull’.

Frente a los cambios regulatorios, la Sentencia C-108 de 2010 establece que los mismos no deben ser intempestivos y que deben mirar la situación frente a los derechos adquiridos y dar margen de tiempo para permitir adaptarse a la nueva situación. Es decir, que la nueva regulación en la división de poderes, es el ejercicio legítimo de competencias y por ello está por fuera de la consideración como actos expropiatorios. Sin embargo, no se considera la vía judicial con efecto equivalente a regulación, como son las sentencias de constitucionalidad o de tutela con efectos *inter comunis*. Es decir, el alcance reflexivo de la Corte no considera sus propios efectos en el largo plazo.

Para el caso de la Sentencia C-169 de 2012, su reflexión se encamina por la vía del ‘*sole effect*’, que considera en primer lugar que el punto de partida es un acto estatal, guardando silencio sobre las omisiones, enfatizando la realización de un análisis juicioso sobre *i*) impacto económico del acto gubernamental *ii*) perspectivas inequívocas y razonables de la inversión que son afectadas por el gobierno *iii*) el carácter de la acción gubernamental, que en este conjunto de circunstancias debería dar como resultado que los actos regulatorios “*son diseñados y aplicados para proteger intereses legítimos de bienestar común, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, sin que la lista sea exhaustiva*” (Corte Constitucional, 2012).

En la Sentencia C-157 de 2016 se revisó con un poco más de detalle la expresión ‘expectativas legítimas’ del inversor. Estas se configurarían cuando se *“deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión”*.

La Corte considera en esta decisión, que ‘expectativas legítimas’, es una suerte de criterio comodín, en función de la violación concreta que se alegue por el inversionista que se declare afectado, en tanto que la expresión se torna abierta llevando la determinación concreta de la responsabilidad a un terreno de lo no previsible, pudiendo crear escenarios de inseguridad jurídica, en este caso para el Estado. Sin embargo, la decisión también se detiene sobre la igualdad entre el inversionista extranjero y el nacional. Esta delimitación que enuncia la Corte, se estima en la línea con las cláusulas recientes de tratados internacionales en materia de comercio e inversión como es: el ‘Acuerdo Económico y Comercial Global’ - CETA entre la Unión Europea y Canadá, y el Acuerdo de Asociación Trans Pacífico - TPP. La Corte se inclina sobre fijar un ‘estándar’ claro de cómo se entiende la igualdad para el inversionista extranjero y el nacional.

Es decir, que en las decisiones de constitucionalidad se tiene en cuenta este factor, sobre la igualdad, la protección de la propiedad, la estabilidad regulatoria, pero no es así en todos los casos, como el referido que dio oportunidad de reclamación a EcoOro o como el fallo de tutela relativo a la protección de la rivera del Río Atrato, Sentencia T-622 de 2016. Como manifiesta Bernal-Cano sobre la fusión y mezcla de los poderes de revisión de la Corte Constitucional (Bernal-Cano, 2010), la misma envía señales equívocas sobre la seguridad jurídica y la claridad regulatoria. En ello, la corporación puede derrocar elementos arraigados y fundamentales del sistema jurídico, en un halo de creatividad por la realización de ‘justicia social’ (Peñalver-Gómez, 2002), por darle al derecho la entrada y apertura al deconstructivismo de Derrida (Faralli, 2007, p. 53; Corte Constitucional, 2017).

La jurisprudencia de la Corte, ha variado conceptos, como el de sujetos de derecho modificando la forma en que se entiende la propiedad, con ello se está hablando de decisiones con efectos equivalentes a los actos regulatorios del Estado. En otros eventos, como se vio en el caso de EcoOro, se dieron por vía de sentencia de constitucionalidad, nuevas competencias a gobiernos subnacionales, para decidir sobre la explotación o no de proyectos mineros.

Dicho en otras palabras, por vía de interpretación constitucional y de solución de casos concretos de acción de tutela (amparo en otros países), la Corte Constitucional no contribuye a la claridad regulatoria, cuando sus decisiones se tornan ‘creativas’ y sus resoluciones judiciales, tienen directa injerencia en el gobierno nacional y subnacional, especialmente, más aún con fallos que siendo de vocación interpartes, se convierten en decisiones *intercomunis*.

Es decir, la actividad de la Corte Constitucional puede afectar la seguridad jurídica en vez de proporcionarla, pues agrega impredecibilidad en las decisiones y tiene la suficiente entidad para afectar tanto la propiedad, en el caso de los proyectos a desarrollar por explotación económica, como los derechos adquiridos y expectativas legítimas, cuando procede a la modificación del objeto regulatorio.

Ante lo visto hasta aquí, los fallos de la Corte Constitucional, nos deja una reflexión ambivalente sobre, por ejemplo, que las meras expectativas no son objeto de consideración de protección en el derecho interno de inversión, en el caso de las expropiaciones indirectas. A su vez, las consideraciones sobre la regulación por la Corte, dan cuenta del conocimiento de criterios internacionales por esa corporación, y a su vez, dentro de lo que es la combinación y mezcla de las facultades de revisión de la Corte Constitucional (Bernal-Cano, 2010), no se tiene por la Corte la consideración de cómo las reglas y subreglas de su jurisprudencia, son en sentido amplio de regulación con las consideraciones de la claridad regulatoria que debe otorgar (North, 1990) (López Murcia, 2022).

En síntesis, las perspectivas de los casos colombiano y venezolano, vistos con anterioridad, es que el ámbito interno de protección a la propiedad es variado. Es decir, las garantías a la propiedad para los propios ciudadanos se muestran deficientes, mientras que para los inversionistas hay un ámbito de protección de mayor por la existencia de

los acuerdos bilaterales de protección de inversión. Estas garantías de protección en cuanto a la forma en que el Estado interviene en las actividades económicas, es transversal a los propietarios en el territorio nacional⁶.

En el ámbito interno, los métodos bajos los cuales se pueda lesionar la propiedad y su explotación, sea de forma directa o indirecta, requiere uniformidad sean los afectados nacionales, o extranjeros y las medidas se tomen por autoridades judiciales o administrativas, bajo criterios de justicia social o similares. Esto porque se requiere en pro de una igualdad del actuar estatal, la una igualdad de armas del ‘debido proceso’, para igualar el ámbito de protección, que, en lo visto en el caso venezolano, las pautas de derecho interno son inferiores, para nacionales que para los extranjeros.

Finalmente, la apertura de la filosofía del derecho (Faralli, 2007) y de este a la realidad, no puede ser sólo para la inclusión de las ‘variables’ sociales y antropológicas, sino que debe considerar las variables económicas que dan sustento al funcionamiento del Estado, por vía de la tributación, que no debe ser tan agresiva al contribuyente como para anular su actividad de generación de utilidades. Esto fundado en la máxima que dice “no hay impuesto sin representación”, y consecuentemente, también los gastos estatales son objeto debate, representación, teniendo como mira la sostenibilidad fiscal del Estado.

3.1 Más allá del carácter estricto de regulación - utilidad de este criterio

Los Estados en el ejercicio de sus poderes y competencias, está libre de limitantes, pues son un ejercicio de sus facultades soberanas, salvo las limitantes por haber cedido competencias a organizaciones internacionales de cooperación, de integración económica, como también, los compromisos adquiridos internacionalmente por tratados, que son un límite a las competencias en determinadas áreas, según el tema del tratado. Frente a la legislación y la administración, las facultades de regular de los Estados, implica siempre un riesgo en su ejercicio en ambos sentidos: el formal y el material, o como dice la literatura ‘el riesgo regulatorio’.

Como se dijo líneas atrás, quien llegue al ejercicio de funciones públicas debe serlo en seguimiento de las normas procedimentales correspondientes, y en el ejercicio del cargo corresponder con las funciones de este. Sin embargo, no siempre esto se da en el ámbito práctico. Por ejemplo, por la amplitud de los requisitos democráticos para ser parlamentario o congresista, la habilitación de sólo la educación media causa un poco de recelo sobre la preparación de los elegidos por voto popular, la cual se solventa en muchos casos con personal asesor de los correspondientes integrantes de las corporaciones públicas.

Pese a ello, el hecho de que a estos cargos se llega previa realización de elecciones y campaña política, ha puesto en evidencia que la financiación, es un aspecto crucial en términos de transparencia y de respeto de las reglas electorales en conjunto, así como la posible ‘captura’ del financiador de los votos de quién le ha financiado (Romero-Guzman, 2008).

Este riesgo de ‘captura’, se da en un doble sentido, que bien los partidos políticos sean cooptados por diversas fuerzas políticas y económicas, como por los propios inversionistas, que es la denuncia que se suele hacer en los escenarios sociales. Si esto último ocurre, irónicamente el derecho a regular por los Estados implica la atención también de los intereses inversionistas. Pero en franca lid, se entiende que independientemente de ello, en condiciones de normalidad, las leyes que se aprueben por el legislador deben en principio, respetar acuerdos internacionales que obligan al correspondiente Estado, correspondiendo cada nuevo acto, a una labor de coordinación del ejercicio de esa autonomía soberana por habilitación constitucional, con el respeto de compromisos internacionales.

⁶ Esta disparidad en los instrumentos de protección, se puede entender, como una llamado a la hibridación de la inversión bajo los canales y figuras internacionales de inversión extranjera directa, para acceder en los casos de vulneración de ésta, a mecanismos de protección de inversión extranjera. Ahora bien, ¿qué traduce esta visión, en un armado -sintético- o artificial, de demandar, no por una empresa, sino por empresarios en conglomerado? Para pequeños accionistas extranjeros, debe estudiarse si es posible una especie de acción civil-Class Action- contra el Estado ante tribunales internacionales de arbitramento.

Ahora, frente a las modificaciones posibles por la actividad de regulación referida a inversión, en términos de derecho interno y relativas a la propiedad, las mismas se harán de conformidad con la fórmula de configuración constitucional de esta, que en Colombia es derecho económico social y cultural, no derecho fundamental (Corte Constitucional, 1999; 2006; 2007; 2016).

Con todo el ejercicio de las facultades regulatorias implica la asunción del riesgo de la incertidumbre concreta del actuar de los poderes públicos, en la medida que no habrá predictibilidad plena (Paulsson, 2005). Con todo el examen arbitral de las actividades regulatorias, esta experiencia según Paulsson, la revisión debe ser caso a caso. Sin embargo, es posible asumir que puede haber la satisfacción de estándares transversales, como lo sería el ‘principio de proporcionalidad’ o el equilibrio de cargas públicas, la confianza legítima, entre otras, como la propia ‘autorregulación’, autocontención (medida) estatal de sus poderes.

3.2 Autorregulación de los actos administrativos al interior de los Estados

En el final del apartado anterior se vio que los Estados en ejercicio legítimo de sus poderes soberanos pueden afectar de diversos modos la propiedad y en contexto de este trabajo, los intereses inversionistas, pueden ser afectados por expropiaciones. Si embargo no es clara la distinción de lo legítimo y lo ilegítimo. Brownlie (2003) definió expropiación indirecta cómo el ejercicio de medidas estatales que, si bien son legítimas ‘prima facie’, pueden afectar intereses extranjeros considerablemente, sin ser una expropiación (directa).

Los ejercicios regulatorios y de restricción de la propiedad, puede ser ejercidos en modo de tributación, restricciones al comercio, permisos-licencias, cuotas y otras medidas. Autores como Páez, indican que un camino para identificar los elementos que fallan en la regulación estatal, es por la reflexión teórica, es con base en un ejercicio de ingeniería reversa, con base en los criterios en limpio, de decir cómo se mira la regulación ante el CIADI y demás tribunales arbitrales, para colegir como actuó el estado. El trabajo de Páez desde ese punto de vista ofrece una caracterización, pero tiene una desventaja, la cual es que no es lo suficientemente transversal y sencilla para facilitar la labor. Su aporte está en mostrar los grados en los cuales, la actuación estatal debe estar libre de ‘tacha alguna’, para considerarse legítima.

Es decir, que esta autora, asume de forma general que las soluciones posibles vienen de dos fuentes: i) el derecho internacional y ii) el derecho interno. En el primer caso, la mejor solución estaría en normas escritas de Derecho Internacional y con claridad, pero a falta de estas, la costumbre internacional funcionaría supletivamente. En el segundo caso, la revisión del actuar doméstico del Estado en el ejercicio de sus competencias, es el complemento.

En suma, los Estados deben estar en la capacidad de hacer una regulación fiable, respetando expectativas legítimas, con ‘objetos regulatorios’ definidos, o que, en caso de alguna duda en materia de competencias, estas son resueltas satisfactoriamente en escenario de ‘confianza inversionista’. A esto se suman los criterios de legitimación en sentido formal y en sentido material de las autoridades, como criterios transversales a los actos estatales.

Esto permitiría revisar con criterios complementarios de *Soft Law* y de buenas prácticas, por ejemplo, si la justicia no cuenta con margen de independencia frente al gobierno, ver cómo hay decisiones de éste que se ejecutan material en sede judicial, identificando hilos conductores de actuación para caracterizar ‘*creeping expropriations*’. Adicionalmente, trae la ventaja de permitir revisar el ejercicio de facultades de autotutela y si estas han sido abusivas o desmedidas, como por ejemplo el cobro coactivo de tributos con toma de posesión de empresas.

Esto puede llevarnos propiamente en términos de Siems (2016, p. 579), a la elaboración de taxonomías sobre lo que es la realidad el derecho de los Estados con la mirada empírica a ese actuar. Se piensa, daría la ventaja de que los Estados asumirían que, si sus condiciones internas son limitadas, harían ponderación de su capacidad de obligarse, y en las facultades regulatorias, hacer ejercicio de estas de forma adecuada, evitando incurrir por acción u omisión en responsabilidad. En términos de la capacidad del Estado para ser llevado a tribunales internacionales de arbitramento, es entendible que este prefiera el ámbito de limitarse a los términos negociados en los tratados bilaterales de

inversión, a confiar en cláusulas generales abiertas. Pero tener aspectos mínimos transversalmente de la calidad de las competencias estatales es deseable, en la medida que los Estados acumulan en su haber varias centurias ejerciendo competencias y funciones sobre un territorio determinado.

En el estudio realizado por Páez, hay un conjunto de laudos CIADI analizados que dan los criterios de cómo mirar la expropiación indirecta, aclarando previamente que los Estados tienen el derecho a proteger mediante acciones no discriminatorias, el ambiente, la salud, la seguridad humana, la integridad del mercado y las políticas sociales, reafirmamos, con medidas no discriminatorias.

Dentro de los criterios que se resaltan aquí para los fines expositivos, es que los gobiernos en cuanto a sus actos se miran en primer lugar con la deben hacer una aproximación de la doctrina clásica francesa del poder de policía de ‘las medidas se justifican por el medio que persiguen’, por lo cual no hay indemnización si la justificación, motivación de la medida, es adecuada al fin que se persigue. Ahora bien, hay actos administrativos que pueden en el rango de ‘motivación’ materializar la expropiación, como lo son la cancelación o anulación de licencias y permisos que ya tenía el inversionista para el ejercicio de la actividad económica, que pueden no ser objeto de renovación aun cuando el inversionista cumpla los requisitos, y de otro lado, la ‘confiscación de bienes’, en el ejercicio de facultades sancionatorias, o la no continuidad de contratos por ‘violación’ de contrato.

Según la caracterización de los tribunales de arbitramento, hay actos impunes de afeción de la propiedad, como lo son *i)* las declaraciones de autoridades de gobierno *ii)* las acciones de la población *iii)* las interferencias transitorias de la propiedad *iv)* la mala gestión de los negocios del propio inversionista.

Si se revisa la responsabilidad de la administración en estos eventos, puede verse que para el primero de ellos, las declaraciones de autoridades de gobierno como preanuncio de posteriores actos de gobierno, son muy estrechos a actos jurídicos posteriores que los desarrollen o políticas que desarrollen las declaraciones, y dependiendo de quién emita la declaración, son propiamente actos jurídicos, como lo son los actos jurídicos unilaterales del Estado en derecho internacional, en cuyo caso se estará en la consolidación de un acto de gobierno o de relaciones exteriores, si es el caso.

En el segundo evento, los actos de la población, que si se entiende en términos negativos como que no se refiera a actos de los agentes estatales, habrá actos en los cuales el Estado sí esté obligado a actuar por expreso mandato constitucional y legal, como lo sería en materia de inversión extranjera, la protección de los bienes inversionistas o en general de bienes de los habitantes en su territorio nacional, como sería la ocupación de facto de sus terrenos y propiedades, y que los mecanismos internos sean ineficientes para retornar la posesión de los bienes⁷, haciendo que se prolonguen en el tiempo, como también lo sería el permitir ocupaciones violentas de propiedades y no permitir el actuar de autoridades del orden público, que es el mandato constitucional y legal para la fuerza pública y su máxima autoridad, el Presidente de la República. También esta interferencia puede deberse a un actuar omisivo de jueces, como lo es el caso español de no permitir la recuperación de la propiedad que está en posesión de colectivos ‘okupas’ en España y otros países de Europa⁸.

En el tercer evento, se habla de interferencias que por su prolongación en el tiempo no comportan el hacer inviable la operación económica del inversor y de la gestión de sus negocios. Puede decirse que son circunstancias resueltas rápidamente, y vuelta a la normalidad de la situación, de modo que quién detenta la propiedad o los atributos de esta, no se ven limitados a ejercerla posteriormente.

El último evento referido a la mala gestión de los negocios por parte del inversionista tiene una doble perspectiva, que es la pérdida de valor de su actividad, no sólo atribuible a actos del Estado, como una reforma tributaria más gravosa, sino que puede ser por elementos propios del mercado o de una reconfiguración de este. Se

⁷ Caso de los Okupas en España. E igualmente el caso de ocupaciones de predios en algunos departamentos de Colombia en el pasado reciente, frente a lo cual el Estado, no ejecutó actos de protección de la propiedad. Semana (2023a). “Fue una mala interpretación”, la insólita justificación de la Policía a prohibición de uso de armas largas en Cauca. Bogotá DC. [s.p]. 15 de agosto de 2023.

⁸ La hermenéutica y la jurisdicción ideologizada.

remarca que el que el rol de experto de los inversionistas se mira desde una perspectiva de la profesionalidad de sus actividades, o en sentido amplio, atada a una gestión con buenas prácticas, pero si en ese delicado equilibrio el conjunto de aspectos regulatorios, como formalidad del empleo, y el conjunto de la cascada tributaria se hace más gravosa, puede afectar la gestión inversionista al punto de hacerla inviable, o confiscatoria, como es la perspectiva del caso Burlington contra Ecuador, con tributos del 99% sobre el valor adicional sobre lo pactado inicialmente entre las partes del contrato de explotación petrolera.

Se pueden ejemplificar aquí los casos con jurisdicción agraria y las cosas adicionales de la jurisdicción, el no cuadro de los costos fiscales, y la reforma el SGP⁹, y que el ciudadano se saquea, y el mínimo de tributación que no funciona. Competencias ambientales a indígenas y la Sic en temas públicos.

3.3 Decisión judicial e inversión – Su legitimidad aún dentro del principio de proporcionalidad

En los cuatro ejemplos vistos anteriormente, sobre los actos en los cuales no hay lugar a la responsabilidad del Estado, se ve que estos no están sujetos por su carácter a ser objeto de aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio suele ser aplicado en dos escenarios estatales: la administración pública (es decir gobiernos nacionales y subnacionales), así como en sede judicial, así como en los procesos sancionatorios. Con todo, el ejercicio de este principio por sí mismo, no libera de arbitrariedades el actuar estatal, porque se pueden ejercer ilegítimamente funciones estatales así se mencione este principio y además deben estar atados al principio de legalidad⁹.

Es decir, en los Estados, puede haber actos legítimos que afecten la inversión, como decisiones judiciales, que ordenen en el embargo de cuentas que usadas en el giro ordinario de los negocios del inversionista, cuando en la vista de las medidas posibles hubiere otras posibilidades menos gravosas para sus actividades. En este evento, se aclara, debe haber cumplimiento de medidas legales, es decir, el cumplimiento del principio de proporcionalidad no debe reñir con el principio de legalidad, como bien lo manifiestan Espinosa y Molina (Espinosa-Proaño; Molina-Coello, 2017, p. 127).

En términos de criterios *grosso modo*, la habilitación legal y la fundamentación sobre la cual se ejercen esas habilitaciones importan, e igualmente el tiempo en que se materializan las actividades. Por ejemplo, si se ejercen facultades expropiatorias para la construcción de una obra, esta obra posteriormente debe construirse, y no sólo detenerse en la expropiación, y si se dio esta, debe hacerse la compensación correspondiente sin mayor dilación.

Complementario del principio de proporcionalidad del cual dan cuenta López-Escarcena (2020) y Espinosa-Proaño y Molina-Coello, está el mantenimiento de las cargas públicas. Sobre el mismo, si bien tiene una presencia en el ejercicio del derecho procesal, puede no ser suficientemente transversal entre Estados. Pese a ello, Covarrubias y Díaz-De-Valdés (2021, p.4) estudiaron esta igualdad, puntualmente para el ejercicio del derecho de propiedad en una mirada a la Corte Suprema de EE.UU., el Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de DD.HH. A partir de allí, para la propiedad, se determina que hay varios grados de afección de ella: *i)* la privación, *ii)* la regulación y *iii)* otras injerencias.

Según lo visto, en el derecho de inversión, hay muchos campos grises, es decir, que la regulación puede dar lugar en varios campos, con injerencia sobre la propiedad, porque en el caso de los Estados unitarios, hay regulación, como sobre la propiedad inmueble en el ámbito territorial por los municipios (Buitrago-Díaz, 2016). Esta regulación, si bien tiene la vocación de legitimidad y legalidad, puede estar afectada por sus vicios de ilegitimidad (formal y material) e ilegalidad, hasta que las presunciones de inocencia se derrumben.

⁹ Es discutible, sin embargo, la aplicación de este principio en escenarios de repudio del uso de la fuerza por parte de la Fuerza Pública. Si bien no debe ser desmedida la repulsa de la agresión, no puede ser en igualdad de fuerzas, porque sería siempre ceder en terreno la autoridad ante actores al margen de la ley, porque ello implicaría una erosión de la autoridad.

Del mismo modo, en el caso de la privación, como resaltan Covarrubias y Díaz-De-Valdés (2021, p.4), la compensación por privación no se debe dilatar en el tiempo y debe ser justa, lo cual reitera un punto en común con la doctrina de derecho internacional en materia de inversión, conocida como la doctrina Hull.

De acuerdo con Covarrubias y Díaz-de-Valdés (2021, p. 19), frente a la propiedad, el conjunto de la regulación y los eventos legales en los cuales se priva a las personas de esta, así sea por consecuencia de actos voluntarios, podrían llegar a configurar un escenario expropiatorio. Parcialmente, sería el ejemplo, de las acciones de recuperación de inmueble arrendado que no se puede retomar por inacción estatal de los mecanismos, o siendo este ocupado ilegítimamente, no existe mecanismo de retorno o este es muy lento. En España sería el ejemplo de los denominados ‘Okupas’ y en otros países, como Colombia, el proyecto de normativa publicada del Ministerio de Agricultura, sobre el no desalojo de ocupantes de predios, que se encuentra fundado en fines de ‘justicia social’ y demás fórmulas de tinte neoconstitucional.

Sobre el particular, la función del equilibrio de cargas públicas, demanda que efectivamente haya un catálogo delimitado entre lo afectado y la sociedad. Es decir, que la enunciación de ‘función social’ de la propiedad, o ‘justicia social’, no es un “número abierto”. Las restricciones a la propiedad deben tener desde esa perspectiva, configuraciones delimitadas, y es deseable que esas restricciones, sean en equilibrio real y tangible de quién sufre el gravamen o medida, y que en contexto, sea proporcional lo que se configura sacrificado, y lo que se desea obtener.

En resumen, las medidas de afección a la propiedad deben ser muy sopesadas en combinación de criterios, como el principio de proporcionalidad, y de mantenimiento del equilibrio de las cargas públicas. En función de que la regulación, sea proempresa, es posible la demanda que se vea en datos concretos, como lo es, por ejemplo, un estudio de carácter econométrico con modelación, en vez de fórmulas genéricas de carácter abierto, que permitan la expropiación en rango de arbitrariedad¹⁰.

Las fórmulas genéricas de antaño en cláusulas de ‘igualdad constitucional tradicional’, en el mundo de hoy, ya implica una conexión entre los principios y los medios usados para el fin. La racionalidad debe permitir sacar la arbitrariedad. En conjunto, se debe propugnar la revisión de la igualdad de cargas públicas, no sólo en abstracto como la lesión a la propiedad, sino que debe ser mirada concreto con otros derechos relacionados (Covarrubias; Valdés, p. 19).

Lo anterior, independientemente de la configuración constitucional y legal de la propiedad, y de su ‘función social’, porque en unos casos, si es derecho fundamental, tendrá controles rígidos y reforzados con trámites cualificados, como leyes estatutarias. Aun así, es transversal la igualdad entre Estados por el régimen de derecho internacional (trato justo y equitativo) y su derecho interno (derecho a la igualdad)¹¹.

Covarrubias y Díaz-de-Valdés, confían en un ánimo de sinergia legislador-juez, en el cual el legislador tendrá una adecuada delineación de los pasos expropiatorios, y que en lo correspondiente la judicatura complementará lo puntual, porque en materia de regulación de la propiedad y su expropiación, siendo un área problemática, el criterio judicial puede traer el desarrollo de detalles (subreglas más precisas), en la labor de equilibrar las cargas públicas.

En particular, esta postura trae el optimismo particular de asumir que el legislador hace de entrada una buena labor en la definición legal, y que la actividad judicial, es tan positiva y beneficiosa en su actuar, que corrige, un legislador falible.

¹⁰ Esta mirada que parece novedosa, guarda antecedente en el derecho romano de sociedades. En la locución de ‘no se concibe un socio que sólo participe de las ganancias, pero no de las pérdidas’. Es decir, que, si la sociedad en su conjunto desea beneficios, y el Estado, también debe ofrecer condiciones. No es sólo recibir a costo de los otros.

¹¹ En Colombia, la propiedad no es un derecho fundamental, a pesar de la centralidad de este derecho en las actividades económicas. Esta en concreto consagrado como derecho social y cultural, por lo cual sus mecanismos de protección no son ‘el derecho amparo’, o como se denomina en derecho interno, ‘acción de tutela’. En términos de armonización, frente a los derechos colectivos, se dice que son de articulación compleja.

En resumen, a pesar de ser social, pide en los ejemplos de la literatura que se revisó por parte de Covarrubias & Valdés, equilibrar. Subyace la pregunta de cómo está en origen la propiedad para a partir de allí el resto. Esto habría que verlo en el comparativo constitucional, del proceso constituyente de Chile. Debe verse propiedad en fórmula con la igualdad según la literatura de Norteamérica y del caso alemán que refiere Covarrubias y Valdés.

Según la teoría de la regulación (Black, 2002), el resultado es lo que se pretende modificar, por eso las medidas de carácter público sobre la propiedad, entendida como los activos en general de un inversionista, deben ser revisadas en la potencialidad de quitar el dominio de los activos y ser conducto de una expropiación indirecta.

Adicionalmente se ve en el caso de los Derechos Humanos, una paradoja. Esta es, que, si bien son las obligaciones internacionales de este tipo las más presentes en el ‘imaginario colectivo’ del legislador y de los jueces, el activismo judicial puede traer cargas a la mayoría de la población, versus una desventajada presencia en ese mismo imaginario colectivo, de las obligaciones internacionales en materia de inversión que tienen que son también obligaciones concretas. Esto implica que las fórmulas de regular y de afección de la propiedad, no puede dar la pauta abierta de funcionar bajo formas genéricas. La estructuración de regulación debe ser en casos específicos como su indicó anteriormente, lo cual riñe con el neoconstitucionalismo de pautas interpretativas abiertas, y que en materia de derecho internacional de los derechos humanos, implica la aceptación de pautas interpretativas de tribunales internacionales, como lo es el control de convencionalidad, con efectos diversos en el derecho interno, que no necesariamente son beneficiosos en el ámbito de cumplimiento de otros compromisos internacionales.

Dicho esto, se un rango del actuar estatal que merece ser reflexionado con moderación y conciencia de las capacidades estatales. Si bien los estados pueden optar por una amplia autonomía regulatoria, esta no siempre es ejercida del mejor modo o con la mejor competencia. Del mismo modo, la cantidad de tratados suscritos por un Estado, implica la asunción de distintos tipos de obligaciones, que son de medios y de resultados. Esto nos deja ver que la satisfacción de unas obligaciones implicaría la desatención de otras. Dejando claro, que la satisfacción de unos compromisos implicará la desatención de otros, en otras palabras, el actuar en un rango de obligaciones, puede dejar un rango omisivo en otro. Esto implica que siempre se debe mirar el actuar del Estado en la latencia de obligaciones sin cumplir y sujeto a responsabilidad por omisión y justificar de manera racional porqué determinada obligación no fue satisfecha, e inclusive evaluar si proporcionalmente una omisión está justificada, o si el efecto de incumplimiento es agravado, como por ejemplo, ante la ocupación de propiedades, esgrimir garantías de los ocupantes para tender a modo de ‘*creeping expropriation*’, impidiendo la recuperación de la posesión de la propiedad. Esto nos lleva a tener un listado más específico de las medidas que afectan la propiedad.

En conjunto con Páez (2012), Covarrubias y Díaz-De-Valdés (2021), puede decirse, que, de menor a mayor uso de los poderes estatales con legitimidad e ilegitimidad de las medidas, en el uso de los instrumentos regulatorios de orden estatal que afectan la propiedad, tenemos:

1. La configuración de leyes punitivas y tributarias, que pueden tornarse arbitrarias. Estas medidas como manifestación de la función legislativa, implica en el orden interno de los Estados, el concurso del Parlamento-Congreso, y de iniciativas legislativas concretas, como el inicio del trámite legislativo por Cámara de Representantes, en Colombia, que es como se materializa, el principio de no hay tributo (ni gasto) sin representación.
2. La estructuración de campos regulatorios en los cuales se conceden licencias y permisos, los cuales si están sujetos a renovación, implica el cumplimiento de legalidad de requisitos, y motivación de los actos, así como una atención oportuna de la revisión de las renovaciones de esas licencias y permisos, así como la posibilidad de poder atacar con mecanismos gubernamentales y jurisdiccionales la decisión que los niegue, y de ser revisados bajo los presupuestos vistos aquí: proporcionalidad y equilibrio de las cargas públicas.
3. Actos administrativos dentro de facultades generales amplias, que impiden la administración y manejo de la inversión, actos sobre los cuales, implica la demostración de ‘desviación de poder’ y falsa motivación y de una jurisdicción autónoma que los revise, es decir, que no sea la jurisdicción la voz judicial del gobierno.

4. Actos que impidan el regreso de capital inversionista a origen, bien sea por medidas bancarias, tributarias o de aduanas, que impidan el retorno a origen de las inversiones, o que estas sean un derrocamiento expreso del valor, como lo fue el caso del corralito argentino a inicio del presente milenio, como lo analizó Kapiszewski (2006), en el cual, por la pesificación de los fondos en dólares de ahorradores, se forzó una pérdida de valor por decreto.
5. Ocupación temporal de activos (inmuebles), mediante el uso de la fuerza, uso puro y simple a de la fuerza (Hecker-Padilla, 2019, p. 1584), estas medidas pueden ser o bien por el propio Estado, o ser ejecutadas por la población en conjunto con la inacción de este. Es decir, hay un incumplimiento de deberes estatales de protección, que en algunos casos es de fuente constitucional.

Como lo advierten Esis-Villaruel y de Abreu, las potestades regulatorias de los Estados ya de por sí amplias, se tienen a tratar de extender más, para afectar elementos del derecho de propiedad, (uso, goce y disposición). En las sedes de arbitramento internacional, el inversionista deberá probar los excesos regulatorios, y haber sido afectado por esta, a la vez que el Estado intentará demostrar lo opuesto. Con todo se ve que el tribunal de arbitramento deberá revisar las medidas internas del Estado en conjunto, con sus correspondientes habilitaciones y motivaciones, junto con los elementos que se han visto aquí de proporcionalidad y de equilibrio de cargas públicas, y legitimidad formal y material, para determinar si el proceder estatal fue adecuado o no. A la vez que se esgrime esta postura, está la de académicos de países como Venezuela, en que la regulación y la amplitud estatal, que da campo a la irresponsabilidad, se justifica en amplio rango como ejercicio soberano, pero los criterios de legitimidad formal y material, así como de independencia entre poderes del Estado, presentados aquí, corrigen los defectos de ampliar este actuar estatal hacia la irresponsabilidad.

Lo anterior no se debe entender negatorio de que las fuentes de la potencial condena estatal son en buena medida de fuente convencional internacional en materia de inversión, a la vez que las medidas regulatorias pueden ser examinadas bajo principios y criterios tradicionales de derecho internacional con la correspondiente mirada contemporánea como lo es la admisión de criterios complementarios de ‘buenas prácticas internacionales’ con fuente en SoftLaw, y de la apertura del derecho a la realidad para dar cabida a la consideración económica con más detalle. De modo correlativo a esa apertura de derecho interno a la sociología y antropología, se permitiría tener un criterio adicional de mirar el equilibrio de las cargas públicas y proteger la empresa como unidad fundamental de la economía y de su efecto positivo en el entramado de cumplimiento de otras obligaciones estatales, con base en la tributación de estas¹².

Ahora bien, a pesar de estas delimitaciones, en el derecho interno los Estados experimentan de activismo judicial en forma de ‘neoconstitucionalismo’, de manera que las reglas en principio delimitadas y ciertas, tienden en sede judicial a ser ampliadas y modificadas por vía de interpretación, dando inclusive cambio al cambio por interpretación constitucional, del ‘objeto regulatorio’ por sentencias de instancia, o efecto interpartes. Esta tendencia como se verá a continuación, no sólo se da en América Latina, sino que tiene antecedentes en el derecho europeo, con cotas sobre cómo los fundamentos del Estado de derecho y la afección de las empresas se pueden dar con un mandato judicial, que afecte la economía y modelo económico entero, como cuando por ejemplo una orden completa de reducción de emisiones, se extiende a todos los actores económicos, por cumplimiento de mandatos ambientales, de *Soft Law*. Claramente no se trata de un aspecto menor y de sencillos efectos colaterales, sino de efectos muy profundos que pueden socavar la base de la estructura del Estado por el ‘gobierno de los jueces’.

¹² Pandemia, litigiosidad entre Estados e inversionistas, advierte la UNCTAD. Examen de medidas regulatorias cuestionadas por inversionistas y efectos adversos serán temas a decidir por parte de los nuevos tribunales arbitrales, en atención a la normativa internacional aplicable.

3.4 Limitación ex post de responsabilidad internacional en materia de afección a la inversión extranjera: interés general: justicia social, inclusión de excluidos, cambio climático

El ‘nuevo constitucionalismo’ latinoamericano propugna por textos generosos en materia de derechos sociales y la literatura ve en esta ola constitucional, la tendencia de reforzar el Estado social ante la ‘mundialización neoliberal’, para lo cual se muestran proclives a refuerzos para evitar el desmantelamiento del Estado social, permitiendo al tribunal constitucional ser garante de esta perspectiva y de modelo económico por vía de interpretación constitucional (Noguera-Fernández; Criado de Diego, 2011, p. 17). Sin embargo, esta perspectiva cuando se mira desde el hilo común del denominado socialismo del siglo XXI, se orienta hacia textos constitucionales cerrados para limitar responsabilidad y reformar constitucional y unilateralmente ex post, compromisos adquiridos por los estados vía tratados internacionales de inversión.

Este nuevo constitucionalismo latinoamericano, se refiere al proceso de nuevas constituciones y reformas que originó la Constitución Colombiana de 1991, y que Noguera-Fernández & Criado de Diego enlazan con los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, además caracterizados por un mayor valor al indigenismo, la igualdad y la inclusión social. A la vez este nuevo constitucionalismo se opone al arbitraje internacional en materia de inversión esgrimiendo lo que se ha denominado como ‘cláusulas de aislamiento’, que se traduce en textos constitucionales que no reconocen jurisdicción a tribunales internacionales, a la vez que se refuerza la propiedad sobre los recursos naturales, incluyendo la alusión a fórmulas de protección tipo ‘naturaleza sujeto de derechos’, o derechos de la madre tierra.

La experiencia del caso ecuatoriano, que fue específico en oponerse al arbitraje de inversión, y de dar formas de salida a los acuerdos firmados por vía de reforma constitucional eludiendo negociaciones de tratados ya suscritos (Prieto-Muñoz, 2021, p. 31). En la actualidad en Colombia, parece esgrimirse en un modelo a seguir por los cambios políticos, como ha sido la expresión del actual Presidente Petro de renegociar el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos y la Unión Europea (UE), para salir del ámbito de la jurisdicción internacional en materia de inversión.

Esto deja entrever que, más que una decisión política aislada, son pasos hacia la no protección de la propiedad de inversionistas y de ciudadanos, es la pauta del gobierno Petro, junto con el uso de fórmulas que no son claras dentro de la institucionalidad vigente, añadiendo elementos hacia una “montaña rusa regulatoria”.

El reciente Decreto 1275 de 2024, del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, que establece competencias para autoridades indígenas como autoridades ambientales en sus territorios, tendiente a la coordinación con demás autoridades, establece en su artículo 6° facultades de regulación para las autoridades indígenas en materia ambiental, además de fijar las estructuras gobierno propio según sus sistemas de conocimiento, incluyendo la sanción a infractores de sus territorios y a los no sometidos bajo esta jurisdicción, con coordinación, ser sancionados conforma a instrumentos de coordinación. Las principales preocupaciones sobre esta reciente normativa son las posibilidades de la extensión de los territorios indígenas y sometidos a plena jurisdicción de las autoridades étnicas que ahora con amplias y difusas competencias ambientales, por las facultades a las autoridades indígenas tendientes a la conservación, marcará una ruptura ante la visión de explotación de los recursos naturales y la generación de rentas, regalías, para las arcas del Estado.

La literatura sobre ejemplos y casos de articulación tan compleja entre autoridades indígenas cuando se opta por puntos de contacto entre el derecho de construcción occidental y el derecho de las autoridades indígenas con fórmulas novedosas no ha resultado satisfactorio. Muestra de ello es la literatura crítica sobre la baja utilidad de nociones de comunicación entre estos sistemas como la ‘naturaleza sujeto de derechos’, puesto que salvo la notoriedad en el uso novedoso de la noción, lo que se evidencia es que la articulación es más compleja entre ambos sistemas llevando a la que el efecto declarativo de protección, sea de marginal realización material, porque las

autoridades, como se ha mencionado en apartados anteriores, terminan condenando a las autoridades ambientales a la ejecución de sus funciones misionales que en un inicio no cumplieron (Osorio-Rincón, 2023, p. 30).

El uso de estas nociones se ha denominado propiamente ‘ampliación del ámbito regulatorio estatal’, en tanto que las autoridades administrativas y judiciales tienden a usar mecanismos interpretativos para ampliar sus facultades, más allá de la legitimidad formal y material (Figueredo-Medina, 2024a). Igualmente, el referido caso de las competencias ambientales asignadas a las autoridades indígenas, implica una extensión de la responsabilidad del estado, por el principio de unidad de este del derecho internacional, puesto que las comunidades ancestrales tendrían competencias medioambientales de derecho público. Si bien prima facie, se vio en los apartados precedentes que los motivos de utilidad pública, medioambientales, tienen la forma legítima de modificación de competencias regulatorias sin lugar a trato inequitativo de inversionistas, sí supone en estos eventos, un delicado uso que parece desfigurarse tan loables intenciones a la vez que aumenta las responsabilidades estatales.

En esta última dirección, para el sostenimiento de esta ampliación de funciones y obligaciones estatales, el tamaño de estado por financiar indudablemente se incrementará. Por ello en la actualidad, dentro de lo que es los atributos de la propiedad en el contexto del capitalismo, la generación de utilidades es una de sus funciones. La misma se puede ver gravemente afectada por la carga de impuestos que los contribuyentes deben asumir por el ejercicio de las actividades económicas que generan renta.

Los intentos del actual Gobierno Nacional se han centrado en la ampliación de las facultades impositivas, en el establecimiento de medidas que impiden por ejemplo la deducibilidad de costos empresariales, como el pago de regalías (no deducibilidad de regalías), tasas mínimas de tributación, que si bien se manifestaron en su respectivo proyecto normativo, como derivados del cumplimiento de criterio de organizaciones internacionales (OCDE), en pro de un orden tributario global, pero que afecta la forma en que operan los capitales en el comercio internacional, puesto que afecta la forma en que operan incentivos tributarios, y convenios para evitar la doble imposición, llevando a empresas a reducción de utilidades y mayor tributación (Ruiz; Morales, 2024).

Igualmente, las cargas tributarias agregadas de entes territoriales: municipios, departamentos y la nación, pueden sobrepasar en los correspondientes traslapes, las utilidades de las empresas, sometiendo a contribuyentes a la asunción de deudas para pagar tributos, o que es lo mismo, el estado somete al contribuyente a cargas impositivas confiscatorias que no son identificables prima facie, pero sí como efecto de una expropiación progresiva, *creeping expropriation*. Esta parece ser el destino de Colombia, con la recientemente aprobación de la Reforma al Sistema General de Participaciones (SGP), que aumenta en porcentaje los recursos que la Nación gira a entes territoriales: departamentos y municipios, pero no contempla la forma en que los recursos serán apropiados por vía de tributos u otros ingresos de la Nación, planteando reformas fiscales de esforzada voracidad estatal, que avocaría a la Nación, a una política explícita de carga impositiva que conlleve a la expropiación indirecta de los ingresos de ciudadanos y empresas. Sobre esta reforma al SGP, el banco central colombiano, Banco de la República, ha dado su diagnóstico en que la aprobación de esta reforma (el 2 de diciembre de 2024), significa graves consecuencias en lo macroeconómico para el país como lo será: mayor déficit fiscal, ruptura de la regla fiscal, e incremento en la tasa de cambio. Para los hogares, significaría, además de los efectos inflacionarios, la caída de la capacidad de consumo, el margen de ahorro y caída de la inversión privada (Ospina-Tejeiro *et al.*, 2024 p. 13; Brito-Gaona; Iglesias, 2017).

La actividad de la Corte Constitucional ante estas reformas y nuevas nociones como tribunal de cierre, tiene un rol especial ante el modelo económico, que como se vio puede llegar a ser un actor de la agenda internacional del Estado (Prieto-Muñoz, 2021 p. 31), en el rol de ampliar las competencias regulatorias, o hacer los exhortos correspondientes a los poderes públicos, cuando por su actuar lesionan derechos de la ciudadanía.

Igualmente, el costo de los derechos en términos de Sunstein (2011, p.107), denota que debe haber un límite para la tributación y ser la férrea defensa de las libertades y la iniciativa privada en torno a la propiedad. La bandera del anarquismo ante la defensa de la libertad y la propiedad, ante este escenario de crisis que vislumbra Colombia, demanda la consideración nuevamente del Estado mínimo y ultramínimo (Nozick, 1988, p. 39), como criterios que

moderen el conjunto de injerencia estatal en la vida privada y principalmente ante la generación de riqueza. En el escenario actual, sólo se vislumbra un gran propietario y sector: el totalitarismo estatal, que haría desaparecer a la ciudadanía convirtiéndola en súbdita de un nuevo leviatán.

Los grandes interrogantes que emergen, puesto que las nociones con las que se ha venido ampliando el objeto regulatorio estatal, han sido elaboradas por la misma Corte o su construcción jurisprudencial, como el ‘buen vivir’ (Delgado-Esguerra, 2021), debiera ser sopesada y limitada, puesto que los derechos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, no son ajenos a observar la proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas a tomar para ellos (Prieto-Muñoz, 2012, p.810). La ampliación de la actuación estatal a como se vio, incluyendo autoridades indígenas como autoridades ambientales, deja ver un campo de crecimiento del rango de acción estatal con multiplicidad de actores y conflictos de competencias muy complejos que se circunscriben también a efectos internacionales. En suma, la titularidad individual de derechos, como la propiedad y su explotación económica como motor de la economía, resalta que debe haber un límite a la voracidad estatal de gobernar la esfera privada. Los cambios regulatorios, que en Colombia han implicado la reforma constitucional, Acto Legislativo 03 de 2023, para establecer la jurisdicción agraria, deja susceptibilidades sobre el desarrollo legal y reglamentario, en la medida que el amplio margen de una nueva jurisdicción para el campo, implica distinguir adecuadamente que los temas rurales, no son siempre agrarios, y que la jurisdicción agraria debe articularse adecuadamente con los procedimientos y prácticas ambientales en materia de permisos y licencias. Igualmente, en los términos de ocupación y adjudicación de tierras, hay escenarios grises por definir, puesto que se podrían configurar escenarios que, en la revisión hecha aquí, son eventos expropiatorios.

Esta consideración final, sobre las amplias facultades judiciales, no es exclusiva del territorio americano, ya que en Europa se ha conocido el caso de la ONG Urgenda Foundation vs Netherlands, en el cual el Tribunal Supremo Neerlandés condenó al Gobierno neerlandés a tomar medidas de reducción de emisiones de CO2 en un 25%, frente a valores de 1990. Celebrada la decisión en el escenario del litigio medioambiental y de cambio climático (de La Cámara, 2022), tiene desde la perspectiva aquí presentada, serias implicaciones en imponer la justicia al gobierno la toma de medidas que buscan detener actividades productivas a particulares que están habilitados legítimamente a ello, incluidos extranjeros, sean o no inversionistas cobijados por tratados de inversión. Detener actividades productivas espontáneamente en un 25% de la economía puede implicar efectos fiscales devastadores. Esto remata la reflexión en que las medidas vistas como loables, pueden tener consecuencias catastróficas económicas para el Estado y sus habitantes.

4. Conclusiones

La propiedad en la configuración constitucional y legislativa como derecho, no tiene uniformidad en los ordenamientos jurídicos, pero sí en cuanto a sus atributos, como lo son el uso goce y disposición. De este último siendo de especial relevancia la generación de utilidades de los cuales se deriva la tributación para el financiamiento de los gastos del Estado. De la consagración constitucional se coligen instrumentos concretos de protección. Como, por ejemplo, si es derecho fundamental, el ser objeto de la acción de tutela, o amparo para una protección especial de este derecho.

En Colombia, no se gozan de instrumentos de protección tan fuertes para la propiedad de los cuales tengan conciencia los nacionales, permitiendo así que sea muy amplia y por vía de habilitaciones ordinarias las regulaciones que afectan este derecho y sus atributos. Sin embargo, la práctica arbitral internacional en materia de protección a la inversión revela que además de la afección a la posesión y la tributación, son posibles muchas más interferencias a la propiedad, como el impedir el ejercicio de actividades económicas, cuando se estaba legalmente habilitado para ello, o la mora en la solución de renovación de permisos que han sido solicitados oportunamente y cumpliendo los requisitos, que por desidia estatal, no se deciden, impidiendo el ejercicio de actividades económicas.

Es importante reiterar que la expropiación en sí no es una prohibición absoluta, sino que debe seguirse las pautas de compensación y que es allí, en la zona gris de los actos estatales que no dan al lugar del reconocimiento de esta compensación, donde más se desatan las dudas sobre lo que es un acto u omisión legítima del Estado. A la vez es importante tener en cuenta que los actos que afectan la propiedad, por el principio de unidad del Estado del derecho internacional, pueden ser de agentes distintos de los gubernamentales, como, por ejemplo, provenir de jueces, entes de control, omisión de la fuerza pública, o como se vio en lo referido a las competencias ambientales de autoridades indígenas, estas comunidades en el ámbito de la normativa relacionada.

Por lo anterior, la reflexión sobre cómo se ejercen cada una de las competencias estatales, sea cual sea el carácter de estas, importa bastante, no solo para los extranjeros, sino también para los nacionales y en lo relativo a la propiedad, sino porque la estatalidad en sí, por su longeva presencia debiera tender a la profesionalización, no sólo bajo lo que se entiende como pautas de distinción formal y material de funciones y de independencia de poderes públicos, sino por su adscripción a buenas prácticas internacionales, incluyendo las de soft law, como los criterios de *World Justice Project*.

Esto ha dejado como reflexión conjunta entre lo que es la revisión del actuar estatal en la práctica arbitral internacional y de las sentencias de nivel interno referidas a figuras como ‘naturaleza sujeto de derechos’, que algunas condenas a los estados son previsibles, en la medida que las autoridades públicas finalmente son condenadas al ejercicio de competencias estatales que son del cumplimiento de sus funciones misionales. En otras palabras, el cumplimiento de la legalidad en sentido general, y en detalle con criterios complementarios para evitar la arbitrariedad, como lo es el principio de proporcionalidad, permiten que medidas antes de su decisión definitiva no sean arbitrarias a la propiedad y por más que sea ejercicio de competencias soberanas del estado, se da en el marco de respeto de acuerdos internacionales, no sólo los de derechos humanos, sino también los relativos a la protección de inversiones.

En el mismo sentido, ante la complejidad de las funciones estatales y la diversidad de regulaciones sobre actividades económicas, la apertura del derecho a la realidad implica, no sólo la adscripción a la corrección de las deficiencias de ‘los males del neoliberalismo’, sino a permitir que el aspecto esencial del mismo, que es presupuesto del cobro de tributos, es decir la generación de utilidades sea posible. De nuevo los casos de la práctica arbitral internacional, referidos a los casos venezolano, y la configuración novedosa de la tasa mínima de tributación, con efectos adversos a la capacidad de generar utilidades de las empresas, muestra que en la realidad de los negocios, la carga fiscal acumulada sobre actividades productivas gradualmente son una forma de derrocar la propiedad cuando los tributos impiden la generación de riqueza, llevando al contribuyente a una reducción de su patrimonio, disminución de su propiedad, por la asunción de tributos.

El rol activo de los tribunales constitucionales en el ejercicio de competencias en revisión de los casos interpartes, inter comunis y de constitucionalidad, lo convierte en un actor relevante en materia de regulación, que como se vio ha dado pie a la creación de figuras y a la ampliación de campos regulatorios. Este ejercicio de poder regulatorio de facto, como corrector de regulaciones legislativas imperfectas es visto positivamente, sin embargo, como ampliador del espectro regulatorio, tiene la deficiencia de poca deliberación. En el caso de control de legalidad de autoridades gubernamentales, la protección de la propiedad bajo parámetros de fundamento del Estado de protección de las personas en su vida, honra y bienes, se esgrime como una causa exigible a las autoridades. Sin embargo, el actuar omisivo denotado, abre la posibilidad que la propiedad tangible sea objeto de despojo, por permitir ocupaciones violentas, por actores amados o sectores sensibles de la población, como el campesinado o grupos indígenas, dejando a propietarios expuestos a expropiación.

Por lo anterior la revisión de cómo los ciudadanos soportan las cargas públicas, debe ser observada por los poderes públicos, puesto que las necesidades estatales de recursos por vía de tributos, por ejemplo, no pueden ser ejercidas a costo de despojar de sus bienes e ingresos a ciudadanos y actores económicos, bajo fórmulas genéricas o

de construcción por el gobierno de los jueces, que lejos de proteger derechos paradójicamente puede privar a las personas de ejercer libremente actividades económicas.

En suma, los escenarios internacionales de revisión de la protección de la propiedad por vía de la justicia arbitral referidos a inversión extranjera, ilustra con suficiencia que estos criterios, son de utilidad para la revisión de cómo procede el Estado para con sus nacionales. Paradójicamente la reflexión sobre como el Estado puede ser lesivo a las actividades económicas de foráneos y el temor ser condenado en esas instancias, se ve disminuido con la cantidad de detalles de la procedencia de esta justicia para reconocer la expropiación sin compensación. Paradójicamente, la vista de instrumentos internos de protección de la propiedad parece dejar en desventaja a los ciudadanos frente a los extranjeros inversionistas. Por esto la presente investigación denota que la justicia interna de los países, en este caso Colombia, no necesariamente es tan garante de la propiedad para con sus nacionales, ni las facultades regulatorias y actuaciones de las autoridades públicas son tan cuidadosas como supondría la cantidad de construcciones jurídicas que supone que tiene el Estado el momento de actuar cuando está implicada la propiedad.

Finalmente, dentro de lo que es el Estado como institución, la revisión hecha aquí se convierte en un exhorto a que las medidas estatales, constitucionales, legales, gubernamentales, judiciales de antes de control, se den en el escenario democrático de legitimidad formal y material, de manera deliberada y con criterios que minimicen la arbitrariedad o garantías individuales, en vez de optar por medidas colectivistas que nieguen la libertad económica de sus ciudadanos. Igualmente pone de presente que para el caso del ‘estado empresario’, los requisitos y cualidades de legitimidad, no son tan sólo exclusivos del sector público, sino que se relacionan con la demostración de capacidades y competencias para ejercer los cargos del sector privado.

Referencias

ARROYO-PICARD, Alberto; GHIOTTO Luciana. Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México. **Relaciones internacionales**, Madrid, v. 26, n. 52, p. 39-54, 2017.

ATENCIO-VALLADARES, Gilberto. Tributación, regulación y principio de no confiscación en Venezuela. **Revista del ICDT**, Bogotá, n. 73, p. 389-412, ene./may. 2015.

BERNAL-CANO, Natalia. El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 12, n. 1, p. 11-34, ene./jun. 2010.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. **Comparador de Constituciones del Mundo**. Proceso Constituyente. Disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/materia/proprght>.

BLACK, Julia. **Critical Reflections on Regulation (CARR Discussion Papers (DP 4))**. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, First Edition. London, UK 2002.

BONNITCHA, Jonathan; POULSEN Lauge; WAIBEL Michael. **La economía política del régimen de los tratados de inversión**. Bogotá: Legis, 2021.

BRITO-GAONA, Luis Felipe; IGLESIAS, Emma. Inversión privada, gasto público y presión tributaria en América Latina. **Estudios de Economía**, Santiago de Chile, v. 44, n. 2, p. 131-156, 2007.

BROWNLIE, Iza. **Public International Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BUITRAGO-DÍAZ, Esperanza. **La crisis de los impuestos locales: el caso del ICA, alumbrado público y estampillas**. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016.

CALLON, Michel; LATOUR, Bruno. ¡No calcularás! o cómo simetrizar el don y el capital. **Athenea Digital: revista de pensamiento e investigación social**, Barcelona, v. 11, n. 1, p. 171-192, 2011.

CERVANTES-VALAREZO, Andrés A. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión, Spain. **Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje**, Madrid, v. 30, p. 82-83, 2017.

CIADI. **Caso CIADI No. ARB/08/5**. Caso Burlington contra Ecuador. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Burlington Resources Inc. Demandante. Contra. República del Ecuador. Demandada. Decisión sobre responsabilidad.

CIADI. **Caso No. ARB/07/6 CIADI**, Procedimiento de arbitraje entre Señor Tza Yap Shum (demandante) y la República del Perú (demandada). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>

CIADI. **Caso No. ARB/07/6 CIADI**, Procedimiento de arbitraje entre Señor Tza Yap Shum (demandante) y la República del Perú (demandada). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CIADI. **Caso Valeri Belokon c. República de Kirguistán**, Arbitraje administrado bajo las reglas de UNCITRAL 1976, laudo arbitral de fecha 24 de octubre de 2014, consultado septiembre 15, 2020.

CIADI. **Caso No. ARB/07/6**, Procedimiento de arbitraje entre el señor Tza Yap Shum y la República del Perú. (Estados Unidos) (7 de julio de 2011).

CIADI. **Caso No. ARB/13/11, CIADI**, Procedimiento de arbitraje entre Valores Mundiales, S.L. Y Consorcio Andino, S.L. Demandantes c. República Bolivariana De Venezuela. Demandada. 2017.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible. **TD/B/C.II/MEM.4/14**. Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley No. 2294 de 2023**. Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.

COOTER Robert; ULEN Thomas. **Derecho y Economía**. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-031/09**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-035/16**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-041/17**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-108/10**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-157/16**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-169/12**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-169/12**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-184/16**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-189/06**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-192/16**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-252/19**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-254/19**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-273/16**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-294/02**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-446/09**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-544/07**.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), **Sentencia C-595/99**.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela**. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 22 de junio de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela**. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de Noviembre de 2020. <https://summa.cejil.org/api/files/1608574530592vs8inj17mqq.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela**. Sentencia de 22 de junio de 2015. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

COVARRUBIAS-CUEVAS, I; Díaz de Valdés J, J. La igualdad ante las cargas públicas como criterio para evaluar la constitucionalidad de limitaciones al derecho de propiedad. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 48, n. 1, p. 1-28, ene./abr. 2021.

CRUZ DE QUIÑONES, Lucy. Derecho transicional tributario y normas intertemporales. **Memorias de las 38 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario**, Cartagena, v. 38, n. 1, p. 27-244, 2014.

DACP. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible. Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017. **TD/B/C.II/MEM.4/14**. Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017.

DE LA CÁMARA, Mar Antonino. Urgenda Foundation v. State of the Netherlands: Desafíos del constitucionalismo global. **Revista española de derecho constitucional**, Madrid, v. 42, n. 126, p. 299-330, 2022.

DELGADO-ESGUERRA, Carolina. ¿La Corte Constitucional como referente del buen vivir? **Razón Crítica**, Bogotá, v. 11, p. 129-150, 2021.

EL PAÍS. **Las prometedoras cifras que la inversión extranjera le traerá al Valle en este 2023**. Este año llegarían unas 26 empresas extranjeras que invertirían US\$225 millones. Bogotá DC, 2023a.

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 gobierno de Gustavo Petro tendría listo un decreto para obligar a las guardias campesinas a movilizarse. Bogotá DC, 2023b.

ESIS-VILLARROEL, Ivette & DE ABREU-NEGRÓN María Gabriela. La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, Bogotá, v. 15, p. 65-103, 2022.

ESPINOSA-PROAÑO, N.; D. MOLINA-COELLO. El Criterio De Proporcionalidad En El Derecho Internacional De Las Inversiones: Una visión Del Discernimiento Del Tribunal Arbitral En El Caso Occidental. **USFQ Law Review**, Quito, v. 4, n. 1, p. 123-139, sep./nov. 2017.

FARALLI Carla. **La filosofía del derecho contemporánea**. Bogotá: Universidad Externado; 2007.

FAYA RODRIGUEZ, Alejandro. **¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo**. Primera Edición. México D.F. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.

FERNÁNDEZ-MASIÁ, Enrique. Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. **Revista Internacional de Arbitraje**, Lima, v. 35, n. 7, p. 11-65, jul./dic. 2007.

FIGUEREDO-MEDINA, Gerardo. Ampliación del ámbito regulatorio estatal y protección de la propiedad: Reflexión crítica desde el arbitraje internacional de inversión contra Colombia. **Revista de Derecho Económico**, Santiago, v. 81, n. 1, p. 3-27, 2024a.

FIGUEREDO-MEDINA, Gerardo. La naturaleza como sujeto de derechos. Perspectiva problemática y crítica de una construcción del juez constitucional. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 22, n. 1, p. 86-123, jun. 2024b.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010). **Gaceta Constitucional**, v. 48, 289-305, 2011.

HECKER PADILLA, Carlos Andrés, et al. El poder reglamentario de los Estados y la expropiación indirecta. **Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales**, Maracaibo, v. 25, p.1559-1590, 2019.

HERRERA-BERNAL, Ximena. Impuestos sobre ganancias extraordinarias (Windfall taxes) y medidas provisionales: cuatro casos recientes. **International Law**, Bogotá, v. 15, p. 125-154, 2009.

KAPISZEWSKI, Diana. La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Buenos Aires, v. 7, n. 1, p. 5-46, 2006.

LÓPEZ-ESCARCENA, Sebastián. Más allá del efecto y de la intención: la proporcionalidad en los arbitrajes de inversiones. **Revista de Derecho**, Montevideo, v. 22, p. 12-137, 2020.

LÓPEZ-MURCIA, Julián. **Inteligencia regulatoria: algunas herramientas para diseñar y analizar regulación**. Primera Edición. Bogotá: Legis Editores, 2022.

LÓPEZ-SÁNCHEZ, Rogelio. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Valencia, v. 51, p. 321-337, 2023.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. **Decreto número ____ de 2023**. “Por medio del cual se promueve la movilización y organización campesina por la reforma agraria”.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. **Proyecto de Decreto de 2023**. “Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1071 de 2015 Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, en cumplimiento del artículo 61 de la Ley 2294 de 2023 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida” y se dictan otras disposiciones” y se reglamenta la Ley 160 de 1994.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. **Decreto 1275 de 2024**. “Por el cual se establecen las normas requeridas para el funcionamiento de los territorios indígenas en materia ambiental y el desarrollo de las competencias ambientales de las autoridades indígenas y su coordinación efectiva con las demás autoridades y/o entidades”.

NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; CRIADO DE DIEGO, Marcos. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá. v. 13, n. 1. p.15-49. 2011.

NORTH, Douglas. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. México: Fondo de Cultura Económica. 1990.

NOZICK, Robert. **Anarquía, Estado y utopía**. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1988.

OMC 2000. Organización Mundial del Comercio. **Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones WT/WGTI/W/91**. 11 de octubre de 2000. (00-4167).

OSORIO-RINCÓN, Paola Andrea. Los nuevos sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, garantías y dificultades. **Inciso**, Armenia, v. 25, n. 2, 2023.

OSPINA-TEJEIRO, J. J., BEJARANO-ROJAS, J. A., HERRERA-ROJAS, A. N., QUINTERO-JÁCOME, M., LÓPEZ-VALENZUELA, D. C., RAMOS-FORERO, J. E., & ZAPATA-ÁLVAREZ, S. **Descripción, antecedentes y riesgo fiscal y macroeconómico del Proyecto de Acto Legislativo que modifica el Sistema General de Participaciones (SGP)**. Banco de la República. 2024.

OTÁLORA-LOZANO. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, v. 38, p. 65-108, 2013.

PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. **Revista de Estudios Internacionales**, Córdoba, Año 39, n. 153, p. 5-36, abr./jun. 2006.

PAULSSON, Jan, **Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?**, Making the most of international investment agreements: a common agenda, **Symposium co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD**. OECD, París, 2005, 1-2, consultado septiembre 1, 2020.

PAULSSON, Jean. **Indirect expropriation: is the right to regulate at risk?** Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris; President, London Court of International Arbitration. Symposium Co-Organised by ICSID, OECD & UNCTAD Making The Most of International Investment Agreements: A Common Agenda. 12 December 2005, Paris Room 1, OECD Headquarters, Paris.

PEÑALVER-GÓMEZ, Patricio. Deconstrucción: premisas metódicas y efectos políticos. En: Prior-Olmos A. **Nuevos métodos en ciencias humanas**. Madrid: Anthropos, 2002.

PÉREZ-SOLANO, Jimmy Antony. Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, Cartagena, v. 8, n. 16, p. 176-191, 2016.

PRIETO, Germán; CARDONA, Eloisa. Las Estrategias de Inserción Económica Internacional de Colombia: Una Valoración de la Inversión Extranjera Directa y de los Tratados De Libre Comercio. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 65, p. 1-34, 2021.

PRIETO, María José. Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 3, p. 809-817, 2012.

PRIETO-MUNOZ, J. G. Cortes Constitucionales y del Derecho internacional de inversiones: la Corte Constitucional de Ecuador y la estrategia de inconstitucionalidad incondicional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, v. 18, n. 36, p. 29-44, 2021.

- RAMIRO-AVILÉS, Miguel Ángel. **Utopía Y Derecho: El Sistema Jurídico En Las Sociedades Ideales**. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- RODRÍGUEZ, Tahimí Suárez, Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos. **Cuadernos de derecho transnacional**, Madrid, v. 15, n. 1, p. 827-845, 2023.
- RODRÍGUEZ-PIEDRAHITA. Seguridad Jurídica en Materia Tributaria. **Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior**, Cartagena, v. 43, p. 19-90, 2019.
- ROMERO-GUZMAN, Juan José. ¿Capturados por nuestra suspicacia?: algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 35, n. 1, p. 9-35, abr. 2008.
- RÚA-DELGADO, Carlos. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho una revisión desde el caso colombiano. **Ius et Praxis**, Talca, v. 19, n. 2, p. 85-122, 2013.
- RUÍZ Ricardo; MORALES, Jeimmy Marcela. Tasa mínima de tributación - Efectos jurídicos y contables. **Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior**, v. 48, p. 1-82, 2024.
- SEMANA. **"Fue una mala interpretación", la insólita justificación de la Policía a prohibición de uso de armas largas en Cauca**. Bogotá DC. 15 de agosto de 2023.
- SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: towards a new global taxonomy. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, v. 12, n. 3, p. 579-602, 2016.
- SUNSTEIN Cass; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina, KARAM DE CHUEIRI, Vera. Descentralización y recentralización del poder en Colombia: la búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. **Dikaion**, Chía, v. 23, n. 1, p. 171-194, 2014.
- VEGA, Jesús. Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial. **Doxa**, Alicante, v. 41, p. 123-150, 2018.
- WEBER, Dennis; SIRITHAPORN, Thidaporn. Seguridad jurídica, distribución de competencias y resolución de conflictos en materia tributaria: visión desde el derecho tributario de la Unión Europea. **Memorias de las 37 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario**, Cartagena, v. 37, n. 1, p. 69-105, 2013.
- WTO-OMC. Working Group on the Relationship between Trade and Investment. World Trade Organization. WT/WGTI/W/91, 11 October 2000.