

Relatoría

Título del evento	1era Sesión Ciclo de Seminarios del Departamento de Derecho Constitucional: “Como el derecho de la inversión extranjera desnaturaliza el derecho constitucional”.
Fecha del evento	Agosto 14 de 2026
Moderador	Humberto Sierra Porto
Ponente invitado:	
Federico Suárez Ricaurte, Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Docente Investigador de la misma institución. Doctor en Derecho de McGill University, Canadá. Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en Convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Master en Derecho Internacional Comercial con Derecho Internacional en la Universidad de Kent, Inglaterra, e Investigador visitante en el Instituto de Derecho Transnacional del King’s College de Londres, y del Nathanson Centre de Osgoode Hall Law School de York University, Canadá.	
Temas abordados en la presentación:	
1. Exposición del ponente	
Contexto y pregunta de investigación. El profesor Federico Suárez presentó los planteamientos centrales de su tesis doctoral, defendida el 11 de marzo. El trabajo parte del contexto económico abierto en la década de los noventa con los criterios del Consenso de Washington de 1989: libre movimiento de capitales, promoción de la inversión extranjera, impuestos indirectos, privatización y reorganización de los servicios públicos. Como extensión de esos criterios cobraron protagonismo los mecanismos de arbitraje de inversiones, que permiten al inversionista extranjero demandar directamente al Estado cuando considera que este ha incumplido un tratado o un contrato, o que una actuación estatal ha lesionado sus intereses; los foros principales son el CIADI del Banco Mundial, las reglas de la CNUDMI y la Corte Permanente de Arbitraje. Para justificar la elección de América Latina como contexto de estudio, el ponente expuso algunas cifras: desde 1995 las multinacionales provenientes de Estados Unidos, Europa y Canadá son las que más han acudido a este mecanismo en la región; América Latina ha sido objeto de 380 controversias de inversión, concentradas en los sectores de recursos naturales e industrias extractivas especialmente minería, petróleo y gas, y en el 62% de los casos los inversionistas resultan victoriosos. De allí derivó la pregunta central de la investigación: cómo, en las tres últimas décadas de globalización económica, el sistema de arbitraje de inversiones y el derecho internacional de la inversión extranjera han minado aspectos elementales del derecho constitucional en Argentina, Ecuador, México, Bolivia y Colombia. Su preocupación de fondo es que los tribunales de arbitraje tienen la posibilidad de alterar el sistema de fuentes que cada Estado ha decidido adoptar, al fallar principalmente con base en las preferencias establecidas en los tratados de inversión y de libre comercio, sin interpretarlas a la luz del conjunto del orden constitucional. El argumento central: las distorsiones constitucionales. El ponente propuso la categoría de “distorsiones constitucionales” para describir los cambios drásticos e irracionales que alteran el significado, el alcance y el sentido de las constituciones y los valores de derecho internacional que el Estado mismo ha ratificado. Estas se producen cuando la controversia entra en conflicto con los intereses de los inversionistas y los árbitros terminan privilegiando la protección de esos intereses por encima de otros valores constitucionales y de derecho internacional, de modo que resultan minadas las definiciones constitucionales en materia de soberanía económica, derechos humanos y ambiente. La soberanía económica le sirvió como categoría para agrupar las distintas manifestaciones de la política económica del Estado. Metodológicamente se apoyó en el trabajo de la antropóloga jurídica Sally Engle Merry sobre las dos instituciones (los cuerpos de policía y las cortes) mediante las cuales el derecho colonial se imponía a los	

países colonizados, introduciendo la cultura del grupo dominante y creando una mentalidad de sometimiento hacia el poder extranjero. Sobre esa base adelantó una revaluación crítica de cerca de 25 casos emblemáticos de la región, acompañada de análisis doctrinal y de contextualización de política económica. Precisó que no todos esos casos fueron decididos en contra del Estado, lo que le permitió mostrar la diferencia de razonamientos empleados para resolver circunstancias semejantes.

Distorsiones constitucionales en el campo económico. El ponente agrupó las manifestaciones económicas en cinco subsecciones (i) Recursos naturales, (ii) impuestos o política fiscal, (iii) servicios públicos, (iv) política monetaria y (v) deuda pública; y las ilustró con varios casos (ejemplo Occidental II contra Ecuador en el 2012) donde se le dio la razón al inversionista.

El caso argentino fue presentado como uno de los escenarios más representativos para la construcción de la doctrina proinversión extranjera. Tras las privatizaciones y el abandono de la paridad cambiaria y de los factores de indexación, una serie sistemática de laudos (ejemplo Suez, CMS, Sempra y Enron, entre otros) sostuvo que el Estado debía mantener las condiciones existentes al momento en que se realizó la inversión y ordenó compensaciones en dólares, con apoyo en las cláusulas de expropiación indirecta, trato justo y equitativo y cláusula paraguas. Para el ponente, ello equivalió a la creación de un régimen paralelo y a una verdadera toma regulatoria del Estado por parte de los inversionistas extranjeros. Sobre la conformación de los tribunales advirtió que el inversionista designa un árbitro, el Estado designa otro y, a falta de consenso, el foro designa al tercero, y que buena parte de esas listas está integrada por perfiles formados en el arbitraje comercial internacional, con escasa formación en derecho constitucional y derechos humanos. Como ejemplo de la vigencia actual del fenómeno expuso el caso Telefónica contra Colombia (2024).

En cuanto a las distorsiones constitucionales en derechos humanos y ambiente. El punto esencial es el despojo de las herramientas de derecho público del Estado receptor de la inversión, sin que ello suponga necesariamente hablar de economías de estatización. Los árbitros interpretan los derechos humanos para expandir las libertades corporativas de las multinacionales demandantes, pero no para reconocer la responsabilidad de las empresas, y las normas ambientales internacionales y domésticas tampoco se toman con seriedad. A ello se suma el carácter unidireccional del mecanismo: solo el inversionista está legitimado para demandar, el diseño no contempla la responsabilidad internacional del inversionista y no admite la participación de terceros, de intervenciones ciudadanas ni de universidades o centros académicos, salvo que los propios árbitros lo autoricen.

Como un ejemplo de las distorsiones de valores constitucionales y de derecho internacional, el ponente presentó la colisión con el derecho a la consulta previa, libre e informada, reconocido desde la Declaración de los Pueblos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2007 y acogido por la Corte Interamericana a partir de la sentencia Sarayaku contra Ecuador. Ninguna de las decisiones arbitrales que involucraban comunidades indígenas y grupos étnicos minoritarios tuvo en cuenta ese estándar, ni siquiera la consulta previa: así ocurrió en Bear Creek contra Perú (2017); en South American Silver contra Bolivia (2018); en Copper Mesa contra Ecuador (2016), mencionó también, como caso en curso, la demanda de Glencore contra Colombia por el desvío del arroyo Bruno.

Conclusiones de la ponencia: la alteración del sistema de fuentes. El ponente cerró contrastando el sistema de fuentes anterior a la distorsión con el que resulta después de las decisiones arbitrales. En el escenario posterior al arbitraje, las pretensiones de las multinacionales demandantes ocupan la mayor prioridad, se concede impunidad a los inversionistas extranjeros y las salvaguardas de derechos humanos, ambientales y de soberanía económica quedan en un lugar absolutamente inferior. Añadió que en materia política también se produce una distorsión, pues los inversionistas extranjeros protegidos por estos

tribunales terminan con mayor capacidad de incidencia sobre el Estado que los propios ciudadanos y las empresas nacionales.

2. Intervenciones de los comentaristas

Magdalena Correa. La profesora Correa destacó que la tesis pone en evidencia lo que ocurre con el sistema de fuentes del derecho constitucional, que pareciera claro pero no lo es: el tratado de inversión termina poniendo en cuestión la supremacía de la Constitución y su carácter superior, al punto de que la interpretación de los tratados en favor de determinados intereses se convierte en la norma que prevalece sobre cualquier otra. Le llamó la atención que, mientras la comprensión ordinaria de los derechos exige articular normas constitucionales, de derechos humanos, desarrollos legales y jurisprudencia, los árbitros parecieran tener una única obligación: interpretar una norma específica construida sobre conceptos jurídicos indeterminados.

En segundo lugar, señaló que en las distorsiones constitucionales se refleja el eco de otras categorías dogmáticas que hablan de lo mismo, aunque de manera menos crítica: las mutaciones constitucionales de las que habló Konrad Hesse y las reformas informales de la Constitución destacadas por Richard Albert, figuras que aluden a cambios en el contenido constitucional producidos por vía interpretativa o legal y no por los procedimientos de reforma; la distorsión constitucional sería la peor versión de esa categoría. Finalmente, complementó la relación propuesta por el ponente señalando que, junto al despojo de los poderes institucionales del Estado y de la soberanía económica, hay un despojo del peso normativo de bienes constitucionales como los derechos humanos y un despojo del poder de jurisdicción sobre conflictos que comprometen intereses públicos. Agregó dos elementos: la reconfiguración de la distinción entre propiedad y meras expectativas, pues ahora las meras expectativas de los inversionistas adquieren un valor casi absoluto, y la dimensión de las libertades económicas, en particular las condiciones en que un actor económico nacional puede competir frente a quienes cuentan con semejantes prerrogativas.

Jairo Castaño. El profesor Castaño abrió su intervención preguntando si las distorsiones constitucionales tienen manifestaciones distintas de la inversión extranjera o si se trata de una categoría dogmática destinada exclusivamente a leer ese fenómeno. Él mismo ofreció un ejemplo: la sostenibilidad fiscal y la estabilidad presupuestaria, cuyo gran propósito es asegurar a los acreedores de la deuda pública que el Estado pagará, y que en Colombia sí fueron incorporadas a la Constitución mediante debate, aunque a su juicio conservan algo del espíritu de una presión indebida que escapa a la política. Planteó también el problema del orden público económico a partir del caso argentino: cuál es el nivel de renuncia a la soberanía cuando un Estado puede dolarizar pero no desdolarizar, y por qué un sistema que amortigua hasta ese punto el riesgo del inversionista termina socializando un riesgo que en cualquier negocio corresponde asumir a quien invierte. Recordó, además, que la prevalencia del interés general del artículo primero de la Constitución es la primera cláusula económica del texto y que aquí aparece invertida.

Sus preguntas apuntaron a si el problema es de negociación de los tratados, de integración normativa o de falta de diligencia del Estado al negociar, advirtiendo que las cláusulas abiertas no aseguran una interpretación respetuosa de la soberanía estatal. Subrayó como contrasentido dogmático que el cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana pueda generar al día siguiente la responsabilidad internacional del Estado frente a un inversionista, y concluyó que uno de los grandes méritos del trabajo es ampliar la discusión sobre cómo hacer compatible este sistema con la decisión política democrática y con los valores constitucionales.

Andrea Robles. La profesora Robles inició desde los principios de todo negocio jurídico: *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, es decir, los pactos se cumplen siempre que las condiciones permanezcan, de modo que el equilibrio contractual es un elemento esencial. Sostuvo que los casos analizados en la tesis

se enmarcan en la segunda generación de tratados de inversión, en los que el equilibrio entre las partes contratantes existe solo formalmente, pues nacen con un desequilibrio claro a favor del inversionista desde el momento en que se negocian, se firman y se ratifican. Frente a ello destacó la tercera generación de tratados, que busca reequilibrar las consecuencias jurídicas dejando explícito el derecho del Estado a regular, no solo para proteger la propiedad y las expectativas del inversionista, sino también bienes esenciales como la sostenibilidad ambiental y las obligaciones frente a comunidades indígenas y grupos étnicos. Su pregunta concreta fue si la tesis seguirá vigente cuando se logre negociar y poner en vigor esa tercera generación de tratados.

Planteó, en segundo lugar, el trilema formulado por el economista Dani Rodrik entre globalización económica, democracia y soberanía: los tres elementos están en permanente tensión y ninguno puede maximizarse sin que los otros cedan, como lo ilustran las discusiones sobre la adopción del euro por referendo y el rescate a Grecia. En tercer lugar, se refirió a las responsabilidades por cambio climático y a las condenas millonarias que puede generar la adopción de medidas ambientales que afecten derechos adquiridos del inversionista, para preguntar qué elementos del negocio jurídico (como el estado de necesidad y las obligaciones de compensación) podrían respaldar al Estado y limitar jurídicamente los tratados de segunda generación mientras no se logre renegociarlos.

Humberto Sierra (moderador). El profesor Sierra abrió señalando que lo que más le sorprende de los tribunales internacionales es la disponibilidad que tienen los árbitros sobre el parámetro de aplicación. Es decir, deciden en muchos supuestos cuál es el derecho que van a aplicar, si la norma de derecho internacional o la de derecho interno, y cualquier cosa que decidan, aun equivocándose, queda sin posibilidad de control. La pregunta de fondo es si disponer del parámetro de aplicación no constituye en realidad una actividad política. Sobre el concepto propuesto sugirió replantearlo, a su juicio no se trata propiamente de una distorsión sino de una excepción de aplicación del derecho interno, porque no se modifica el ordenamiento, simplemente no se aplican la Constitución, la consulta previa, la separación de poderes o el principio de igualdad. Invitó igualmente a reflexionar con más cuidado sobre la tesis del neocolonialismo, sin darla por supuesta, y propuso distinguir dos ámbitos de la distorsión. El primero, el de los contenidos (recursos naturales, impuestos, servicios públicos, política monetaria y soberanía) y el de las categorías constitucionales afectadas: libre competencia, separación de poderes, sistema de fuentes, principio de legalidad, supremacía constitucional, autonomía judicial, igualdad, derechos de los pueblos indígenas y derechos humanos.

Advirtió que el problema más serio en materia de derechos humanos es que estos mecanismos pueden operar como un estímulo para su vulneración, pues permiten estructurar una inversión de modo que se evite la consulta previa sin consecuencia negativa alguna, y preguntó si la conclusión final de la tesis es que la inversión extranjera protegida mediante estos tribunales resulta inconstitucional o inconvencional, y si esa posición no es demasiado radical. Trajo a colación la discusión ecuatoriana sobre la deuda odiosa y la analogía con los contratos de estabilidad jurídica, y llamó la atención sobre la ausencia de control social y de transparencia respecto de quiénes deciden sobre los intereses del Estado y qué calidades tienen, cuestión que hizo extensiva a los agentes defensores del Estado. Señaló la paradoja de que estos tribunales se constituyen con fundamento en la Constitución y el derecho interno, pero sus decisiones terminan cuestionando las normas que sirven de fundamento a su creación. Observó también un sesgo en el uso de la expresión consentimiento previo en lugar de consulta previa, por no ser un asunto pacífico. Finalmente, sostuvo que parte del mérito del problema es propio: falta diligencia al redactar las cláusulas compromisorias y definir el derecho aplicable y los controles, y se acude al arbitraje internacional por las demoras de la justicia interna, porque las autoridades nacionales no se atreven a conciliar por temor a

responsabilidades y porque se parte del supuesto de que las normas internas son insuficientes. Cerró preguntando si el sistema afecta realmente el interés general o si, en una perspectiva más amplia, ha resultado más favorable a los resultados de la inversión, y si hay que ser tan contundentes como lo plantea la tesis.

Preguntas realizadas por el público

Las intervenciones del público giraron, en primer lugar, en torno al concepto propuesto y a la noción de soberanía que lo sustenta. Un asistente cuestionó que el trabajo pareciera partir de una soberanía absoluta, cuando ni la propia escuela crítica del derecho internacional sostiene que un Estado no pueda delegar competencias en terceros, y propuso, en lugar de distorsión o mutación, el concepto de heterarquía para dar cuenta de un derecho en el que pueden concurrir una norma constitucional, una decisión de la Corte Interamericana o un laudo arbitral. En esa misma línea preguntó si el problema no está en los tribunales sino en que Estados como el colombiano no han entendido que deben negociar de otra manera, aplicando los principios de los artículos 226 y 227 de la Constitución, dado que los tratados modernos ya incorporan cláusulas de derecho a regular, de interés público, de seguridad y de derechos humanos. Otra intervención retomó la discusión sobre las reformas informales de la Constitución para preguntar si el ponente había identificado algún caso concreto en el que pudiera compararse el contenido inicial de la Constitución con el que quedó después de la decisión arbitral, o si lo ocurrido fue simplemente una inaplicación de la Constitución, como lo sugería el doctor Sierra.

Un segundo grupo de intervenciones abordó el derecho aplicable y la argumentación de los laudos. Desde una perspectiva civilista se planteó el caso de la delimitación del páramo de Santurbán, en el que un operador minero con licencia ambiental y título quedó comprendido dentro de la delimitación, para recordar que la protección del interés público frente a la propiedad ha existido siempre en el derecho civil y que la respuesta tradicional es la compensación; en lugar de descartar el sistema en bloque, se sugirió modificar los tratados de manera razonada, y se preguntó qué principios constitucionales concretos se estiman vulnerados y dónde queda la ponderación dentro de la lógica argumentativa de los tribunales. En sentido complementario, una intervención virtual preguntó si la tesis incluye un análisis de la argumentación de los laudos y de la creación de normas que no están expresas en los tratados, señalando que la referencia al juicio de proporcionalidad y al equilibrio se repite de laudo en laudo aludiendo a cosas distintas, con la consiguiente incertidumbre tanto para los Estados como para los inversionistas.

Un tercer bloque se ocupó del diseño institucional. Un estudiante preguntó si la distorsión proviene de los tratados o si se trata de una responsabilidad compartida, y si la salida sería negociar mejor los tratados, rediseñar los tribunales haciéndolos permanentes o retirarse del sistema. Varias intervenciones coincidieron en que el problema central está en los árbitros y en la amplitud de sus facultades de interpretación (más que en el derecho aplicable), mencionando los conflictos de intereses y el hecho de que las recusaciones sean tramitadas por el mismo tribunal, y señalaron el trabajo que se adelanta en el grupo de la CNUDMI para la creación de un tribunal permanente, así como el sistema de tribunales de inversiones incorporado en acuerdos comerciales recientes, donde la discusión se traslada al nombramiento de los árbitros. También se destacó la falta de rigor en el control de constitucionalidad de los tratados de inversión y se recordó que el inversionista sí está obligado a respetar el derecho nacional, aunque el árbitro termine afirmando que este no es el derecho aplicable.

Finalmente, una intervención virtual sostuvo que no puede hablarse de una violación de la Constitución porque lo que se resuelve es un caso concreto, insistió en que el problema son los errores frecuentes de los árbitros, advirtió que el reconocimiento del espacio regulatorio suele hacerse de manera retórica en las decisiones y afirmó que los casos colombianos recientes se han originado más bien en los

excesos en el uso de la consulta previa. La profesora Correa insistió, por su parte, en preguntar cuál es el concepto de justicia con el que se está construyendo este derecho, y el moderador añadió como ejemplo la opacidad de los contratos de concesión de gas en Colombia, donde no se sabe quiénes son los verdaderos titulares porque las cesiones parciales de intereses no se registran.

Conclusiones del evento:

Al responder, el ponente organizó su intervención final en tres aspectos estructurales. Sobre el debate conceptual explicó que en la doctrina del derecho de las inversiones existen dos ideas cercanas a la suya: la del congelamiento regulatorio, que a su juicio se limita a la regulación y a los órganos ejecutivo y legislativo, y la elaborada por el profesor David Schneiderman sobre la manera en que los árbitros asumen competencias constitucionales. Su concepto pretende ser más amplio, pues se refiere a los principios y al funcionamiento constitucional en general. Recordó además el artículo de Julian Arato en el American Journal of International Law sobre cómo el derecho de las inversiones distorsiona también el derecho privadomodificando el derecho de propiedad, de contratos y de sociedades, hasta permitir que un accionista demande (al Estado sin la representación de la compañía), y sostuvo que el punto está precisamente en que las constituciones no cambian y se siguen enseñando igual, pero cuando el caso llega a un tribunal arbitral esos elementos se aplican o se inaplican discrecionalmente. Lo ilustró con las decisiones sobre la delimitación del páramo de Santurbán: ante circunstancias de hecho semejantes, un tribunal declaró la responsabilidad del Estado y otros dos reconocieron su derecho a regular; lo que cambió, afirmó, fue la composición de los árbitros.

Frente a los comentarios sobre las nuevas generaciones de tratados respondió, apoyándose en los trabajos de Federico Ortino y de Wolfgang Alschner, que los laudos anteriores terminan condicionando la interpretación de los tratados nuevos. Como ejemplo señaló que el capítulo ambiental del tratado con Canadá fue tenido en cuenta en el caso colombiano únicamente al examinar la expropiación indirecta, pero no al analizar el trato justo y equitativo, que fue donde se declaró la responsabilidad; y que el caso Urbaser, pese a admitir la reconvención y la posibilidad de invocar derechos humanos, no tuvo incidencia real sobre las obligaciones del inversionista. Agregó que la renegociación de un tratado solo rige para ese tratado y no se extiende a los demás, por lo que se requiere una política de Estado sistemática y planificada. Sobre el tribunal permanente manifestó que no estaría a favor, pues serían designadas personas de reconocimiento internacional que aplicarían la misma doctrina proinversionista.

En cuanto a las salidas, ofreció varios ejemplos comparados: Brasil recibe cerca del 40% de la inversión extranjera directa que llega a la región sin haber suscrito tratados de inversión; Sudáfrica se retiró de estos mecanismos cuando entraron en colisión con sus medidas de redistribución económica; India ha adoptado medidas en el mismo sentido; y entre Canadá y Estados Unidos ya no existe arbitraje de inversiones, sin que ello signifique un giro hacia el socialismo, sino el reconocimiento de valores constitucionales e internacionales que deben respetarse incluso en esos foros. Concluyó proponiendo una revisión sistemática y planificada de Estado que retire a los árbitros la competencia para decidir este tipo de controversias, en la medida en que no se trata de disputas exclusivamente interparticulares de naturaleza contractual, sino de casos de gran entidad pública e interés general.

El moderador cerró la sesión insistiendo en que, aun sin compartir la posición del ponente, es necesario reflexionar y cuestionar la manera en que está funcionando el sistema, y que independientemente de que se adopte o no una posición tan radical como la brasileña, las revisiones resultan indispensables.

Monitor a cargo de la relatoría:

Joshua Eljach