



[VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016]

ASIMETRÍAS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE
INVERSIONES (CIADI) Y SOBERANÍA REGULATORIA: MÉXICO Y COLOMBIA ANTE
EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO (ISDS)

DANIEL GARCÍA CASTRILLÓN

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ABOGADO

RUBÉN DARÍO ACEVEDO PRADA - DIRECTOR DE TESIS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

CALI, COLOMBIA

MAYO, 2026

ÍNDICE

RESUMEN	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN	7
OBJETIVOS	7
ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	8
MARCO TEÓRICO.....	9
METODOLOGÍA	16
6.1 Enfoque y carácter de la investigación	16
6.2 Método principal: jurídico doctrinal.....	17
6.3 Técnicas de investigación: análisis documental y análisis jurisprudencial	17
a) Análisis documental.....	17
b) Análisis jurisprudencial	17
6.4 Diseño de la investigación	18
6.5 Fuentes de información.....	18
Fuentes primarias (normativas y jurisprudenciales):.....	18
Fuentes secundarias (académicas de alto impacto):.....	19
6.6 Criterios de selección de casos y documentos	19
INTRODUCCIÓN	20
CAPÍTULO I: LAS ASIMETRÍAS EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES	22
1. Asimetrías procedimentales y de acceso al sistema ISDS	23
1.1 La "gran asimetría": acceso unidireccional.....	23
1.2 Asimetrías en la revisión judicial y la interpretación	24
2. La tensión fundamental: derecho público vs. lógica privatista.....	25
2.1 La crítica del derecho privado de Julián Arato.....	25
2.2 La privatización de lo público	26
3. El desequilibrio entre protección de inversiones y soberanía regulatoria	27
3.1 El "Trato Justo y Equitativo" y la "Expropiación Indirecta" como fuentes de asimetría	27
3.2 El acuerdo de "intercambio de soberanía por protección"	28
CAPÍTULO II: CONDICIONAMIENTO POLÍTICO-ECONÓMICO DE MÉXICO EN EL SISTEMA ISDS	29
1. La paradoja de la racionalidad limitada: México y la adopción acrítica del régimen de inversiones	29

1.1 La teoría de la racionalidad limitada de Poulsen.....	29
1.2 La experiencia mexicana en el contexto de la racionalidad limitada	30
1.3 Las consecuencias de la racionalidad limitada.....	31
2. Presiones estructurales del poder corporativo estadounidense	32
2.1 México "Bajo Asedio"	32
2.2 La ofensiva corporativa	33
2.3 La asimetría en la capacidad de presión	34
3. El diseño institucional asimétrico del TMEC	34
3.1 La cláusula asimétrica "fork in the road"	34
3.2 Monismo vs. Dualismo: la base jurídica de la asimetría	35
3.3 La restricción de la cláusula de nación más favorecida.....	36
4. Dimensiones sociales del condicionamiento regulatorio.....	37
4.1 El fenómeno del "Regulatory Chill"	37
4.2 El riesgo fiscal para el erario público	37
4.3 El debate sobre nacionalidad dual y el acceso al ISDS	38
5. Tendencias sectoriales y nuevos frentes de litigio.....	38
5.1 El sector minero como epicentro de controversias.....	38
5.2 Denegación de justicia y el sistema judicial mexicano	39
5.3 Nuevos sectores en controversia: movilidad y seguros	40
6. La respuesta institucional mexicana: entre la continuidad y la urgencia de reforma	40
6.1 La permanencia en el régimen	40
6.2 La urgencia de un nuevo modelo de TBI.....	41
CAPÍTULO III: RESULTADOS DE CASOS ISDS CONTRA COLOMBIA.....	41
1. Panorama general de los casos ISDS contra Colombia	42
1.1 Magnitud y distribución sectorial de las controversias.....	42
1.2 El Contexto Histórico: Tres Periodos del Arbitraje en Colombia	43
2. El caso Telefónica – el laudo que cambió la política de arbitraje colombiana	44
2.1 Antecedentes fácticos y normativos	44
2.2 El laudo arbitral: fundamentos y razonamiento	45
2.3 La solicitud de anulación y la reacción política	46
2.4 Análisis crítico: la tensión entre cortes constitucionales y arbitraje internacional.....	47
3. La saga del páramo de Santurbán – tres casos, tres laudos, un mismo ecosistema	47

3.1 Contexto ambiental y normativo	47
3.2 Los Tres Arbitrajes: Eco Oro, Montauk Metals y Red Eagle.....	49
3.3 La perspectiva socio-legal: más allá del doctrinalismo	51
4. Otros casos emblemáticos.....	52
4.1 Glencore v. Colombia (primer laudo adverso contra Colombia)	52
4.2 South32 v. Colombia (caso del cerrejón)	52
4.3 Sea Search Armada v. Colombia (Galeón San José)	52
5. La respuesta institucional – de la Corte Constitucional a la directiva presidencial	53
5.1 El precedente de la Sentencia C252 de 2019	53
5.2 La Directiva Presidencial N° 05 de 2025.....	54
6. Análisis de los resultados.....	55
6.1 Balance general: ¿qué muestran los casos?.....	55
CONCLUSIONES GENERALES	57
1. Confirmación de la hipótesis: las asimetrías en la estructura como rasgo constitutivo del sistema ISDS.....	57
2. México: condicionamiento político-económico y la paradoja de la racionalidad limitada ...	59
3. Colombia: evidencia casuística de las asimetrías en acción	60
4. El denominador común: pérdida de soberanía regulatoria y fenómenos de chill	62
5. Evaluación crítica de las respuestas institucionales	63
6. Recomendaciones para una política de estado equilibrada.....	64
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMEN

Esta tesis analiza las asimetrías en la estructura del sistema de arbitraje internacional de inversiones (ISDS) y su incidencia en el condicionamiento de la capacidad regulatoria, jurisdiccional y defensiva de Estados de economías emergentes, a partir del estudio de los casos de México (como expresión del condicionamiento político-económico) y Colombia (como manifestación jurisprudencial y regulatoria). Mediante una metodología cualitativa con método jurídico-doctrinal, se examinan tratados bilaterales de inversión, laudos del CIADI, sentencias constitucionales y documentos gubernamentales. El Capítulo I identifica las asimetrías constitutivas del ISDS: tensión público-privada, desequilibrio sustantivo y gran asimetría procesal. El Capítulo II muestra cómo esas asimetrías se traducen en condicionamientos concretos en México (racionalidad limitada en la adopción de TBI, presión corporativa estadounidense y diseño asimétrico del T-MEC). El Capítulo III examina los laudos más relevantes contra Colombia (Telefónica, saga del Páramo de Santurbán, Glencore, South32) y las respuestas institucionales (Sentencia C-252/2019, Directiva Presidencial N° 05/2025). Los hallazgos confirman que las asimetrías en la estructura no son accidentales, sino rasgos constitutivos del sistema, y que generan fenómenos de parálisis regulatoria (regulatory chill) y parálisis judicial (judicial chill).

Palabras clave: arbitraje de inversión, ISDS, asimetrías estructurales, TBI, trato justo y equitativo (FET), expropiación indirecta, regulatory chill, judicial chill.

ABSTRACT

This thesis analyzes the asymmetries in the structure of the international investment arbitration system (ISDS) and their impact on the constraints placed on the emerging-market countries' regulatory, jurisdictional, and defensive capacities, based on a study of the cases of Mexico (as an expression of political-economic constraints) and Colombia (as a manifestation in law cases and regulation). Using a qualitative methodology with a legal-doctrinal approach, the study examines bilateral investment treaties, ICSID awards, constitutional rulings, and government documents. Chapter I identifies the constitutive asymmetries of ISDS: public-private tension, substantive imbalance, and significant procedural asymmetry. Chapter II demonstrates how these asymmetries translate into concrete constraints in Mexico (limited rationality in the adoption of BITs, U.S. corporate pressure, and the asymmetric design of the USMCA). Chapter III examines the most significant awards against Colombia (Telefónica, the Páramo of Santurbán saga, Glencore, South32) and the institutional responses (Ruling C-252/2019, Presidential Directive No. 05/2025). The findings confirm that asymmetries in the structure are not accidental but rather constitutive features of the system, and that they generate phenomena of regulatory chill and judicial chill.

Keywords: investment arbitration, ISDS, structural asymmetries, BITs, fair and equitable treatment (FET), indirect expropriation, regulatory chill, judicial chill.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

“¿De qué manera las asimetrías en la estructura del sistema de arbitraje internacional de inversiones (CIADI o ICSID por sus siglas en inglés), reflejadas en los tratados bilaterales de inversión y a través de casos concretos de Colombia y México, condicionan la capacidad regulatoria, jurisdiccional y defensiva del Estado colombiano como Estado de economía emergente ante un arbitraje ISDS?

Justificación teórica: contribuye a la crítica académica del ISDS (Arato, Arcuri, Poulsen) y al debate sobre la reforma del sistema, esta vez desde una perspectiva de un país de economía emergente como lo es Colombia.

Justificación práctica: los resultados pueden servir para diseñar políticas públicas en Colombia (renegociación de TBI, fortalecimiento de la defensa jurídica del Estado) o para dar una nueva perspectiva crítica y académica de cara a la realidad del arbitraje de inversiones.

Justificación jurídica: el ISDS afecta la capacidad estatal para regular en materia ambiental, salud, derechos humanos y recursos naturales, aspectos que suelen entrar en conflicto con los intereses de propiedad privada y de índole comercial y/o empresarial.

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar las asimetrías en la estructura del sistema de arbitraje internacional de inversiones y su incidencia en los marcos normativos, sociales y políticos de Colombia, a partir del estudio de tratados bilaterales de inversión, demás acuerdos comerciales y de casos ISDS emblemáticos.

Objetivos específicos

1. Identificar las asimetrías en la estructura del sistema ISDS en el CIADI desde una perspectiva teórica (crítica del derecho privado, gran asimetría procesal, desequilibrio entre protección de inversiones y soberanía regulatoria).
2. Examinar el condicionamiento político-económico de Colombia en el sistema ISDS, incluyendo la racionalidad limitada en la adopción de TBI Colombia-EEUU y TBI México-EEUU, las presiones corporativas estadounidenses y el diseño asimétrico de los tratados de libre comercio (TLC) y de inversión bilateral (TBI) en donde ha sido parte Colombia.
3. Analizar la evidencia empírica de casos ISDS con normas CIADI contra Colombia (Telefónica, saga del Páramo de Santurbán) y las respuestas institucionales desde la rama judicial y la ejecutiva (Sentencia C252 de 2019, Directiva Presidencial N° 05 de 2025 respectivamente).
4. Formular recomendaciones para una política de Estado equilibrada en materia de arbitraje de inversiones, que combine la renegociación de tratados, el fortalecimiento de la capacidad de defensa legal y la participación en los debates globales de reforma del ISDS.

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

1. Antecedentes internacionales sobre las asimetrías del ISDS:

1.1 Julian Arato (2019): crítica del derecho privado.

1.2 Alessandra Arcuri (2021): la “gran asimetría” procesal.

1.3 Poulsen (2014): racionalidad limitada en la adopción de TBI.

2. Antecedentes sobre México:

2.1 Estudios de casos (Metalclad, Feldman, Waste Management).

2.2 Análisis del T-MEC y la cláusula fork-in-the-road asimétrica (Bedrosyan, 2018)

2.3 Informes del Transnational Institute sobre regulatory chill.

3. Antecedentes sobre Colombia:

3.1 Estudios de casos: Telefónica, saga Santurbán (Andreotti, 2025; Cotula & Perrone, 2024).

3.2 Debates sobre la Directiva Presidencial N° 05 de 2025 (Peña Valenzuela, 2025).

MARCO TEÓRICO

El sistema de arbitraje internacional de inversiones plantea, desde su propia concepción, una anomalía respecto de los regímenes clásicos del derecho internacional público: se trata de un mecanismo diseñado para resolver controversias entre un Estado soberano y un particular extranjero, situando a ambos, al menos procesalmente, como partes formalmente equivalentes ante un tribunal arbitral ad hoc.

La tensión entre soberanía estatal y protección al inversionista extranjero no es un fenómeno reciente, y comprenderla exige remontarse a la doctrina Calvo, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo a finales del siglo XIX. Frente a la práctica reiterada de las potencias europeas y los Estados Unidos de invocar la protección diplomática —e incluso la fuerza militar— para respaldar las reclamaciones de sus nacionales inversionistas en América Latina, Calvo sostuvo que los extranjeros no debían gozar de derechos superiores a los que la ley reconocía a los nacionales, y que toda controversia relativa a sus inversiones debía resolverse exclusivamente ante los tribunales domésticos del Estado receptor, con exclusión de cualquier instancia internacional (Sierra & Palotás, 2022).

Si la genealogía histórica explica por qué existió, en algún momento, un pacto entre soberanía y protección, no explica por sí sola por qué Estados como México ratificaron un régimen tan extenso y tan poco favorable a sus propios intereses de largo plazo. Para responder a esta pregunta, esta investigación recurre a la teoría de la racionalidad limitada desarrollada por Lauge N. Skovgaard Poulsen. Poulsen sostiene que la rápida y masiva adopción de tratados bilaterales de inversión por parte de los países en desarrollo entre 1990 y 2010 no puede explicarse mediante un modelo de elección racional en el que los Estados sopesaron cuidadosamente costos y beneficios futuros; por el contrario, esa adopción se dio bajo condiciones de racionalidad limitada, es decir, de información incompleta y de capacidad cognitiva e institucional restringida para procesar el riesgo real que estaban asumiendo (Poulsen, 2014).

Poulsen identifica tres mecanismos concretos que explican esta limitación. En primer lugar, la ausencia de experiencia previa: al no existir, al momento de la negociación, un historial relevante de demandas arbitrales exitosas contra Estados en desarrollo, los negociadores carecían de información empírica sobre las consecuencias futuras de sus compromisos. En segundo lugar, la difusión por emulación normativa: los Estados adoptaron estos tratados en buena medida por imitación de lo que otros pares hacían, replicando modelos de tratado sin un análisis independiente de sus implicaciones particulares. En tercer lugar, el encuadre externo del riesgo: los Estados capital-exportadores, y en particular Estados Unidos, presentaron sistemáticamente estos instrumentos como mecanismos técnicos y de bajo riesgo destinados a facilitar la cooperación económica, minimizando su naturaleza como una cesión sustancial y de largo plazo de potestad regulatoria.

1. La crítica estructural del régimen: derecho privado y gran asimetría

1.1 La crítica del derecho privado

Arato sostiene, en su influyente artículo "The Private Law Critique of International Investment Law", que los tratados de inversión imponen sobre los Estados receptores un modelo homogéneo y de "talla única" (one-size-fits-all) de derecho privado internacional, que desconoce la amplia variación de valores, tradiciones y arreglos institucionales que caracterizan al derecho doméstico de propiedad, contratos, sociedades y propiedad intelectual en cada jurisdicción (Arato, 2019). El argumento de Arato no es, meramente, que el derecho internacional de inversiones "interfiera" con estas áreas del derecho interno; su tesis es más precisa y más grave: que dicha interferencia opera bajo el supuesto implícito de que existe un modelo único y universalmente válido de organización del derecho privado, generalmente inspirado en las tradiciones jurídicas de los países capital-exportadores, frente al cual el derecho doméstico de los Estados receptores queda subordinado como una desviación a corregir. El resultado, advierte Arato, no es sólo una pérdida de autonomía regulatoria, sino una ineficiencia distributiva.

Esta crítica es estructural porque no se limita a señalar decisiones arbitrales puntuales que hayan sido excesivamente favorables al inversionista, sino que identifica un sesgo constitutivo en la forma misma en que el sistema concibe el objeto de la controversia: no como el ejercicio legítimo de la potestad pública en defensa del interés general, sino como una interferencia privada sobre derechos de naturaleza esencialmente patrimonial.

1.2 La gran asimetría procesal

Arcuri, por su parte, acuñó el concepto de "la Gran Asimetría" (The Great Asymmetry) para describir un rasgo distinto, de naturaleza estrictamente procesal: el sistema ISDS otorga a los inversionistas extranjeros el derecho exclusivo de iniciar un procedimiento arbitral contra el

Estado receptor, sin que exista una reciprocidad equivalente que permita al Estado demandar al inversionista por los daños que su conducta pueda haber causado en materia ambiental, laboral o de derechos humanos (Arcuri, 2021).

2. Los estándares sustantivos como vehículo de la asimetría

Las críticas estructurales descritas no permanecen en el plano abstracto: se materializan, caso por caso, a través de estándares sustantivos concretos que los tribunales arbitrales interpretan y aplican. Dos de ellos resultan centrales para esta investigación: el Trato Justo y Equitativo y la expropiación indirecta.

2.1 El Trato Justo y Equitativo y las expectativas legítimas

El estándar de Trato Justo y Equitativo (FET, por sus siglas en inglés) es, por diseño, una cláusula de textura abierta: los tratados rara vez definen su contenido con precisión, delegando en la práctica arbitral la tarea de concretarlo. La doctrina especializada coincide en que este estándar exige, entre otros elementos, estabilidad del marco jurídico aplicable a la inversión, transparencia en la actuación estatal, ausencia de arbitrariedad, respeto al debido proceso, y protección de las expectativas legítimas del inversionista. Este último elemento merece especial desarrollo conceptual, pues no se trata de proteger cualquier expectativa subjetiva del inversionista, sino aquellas que derivan de actos específicos, reiterados y atribuibles al Estado — una ley, una autorización administrativa, una práctica consistente— en los cuales el inversionista, actuando de buena fe, confió razonablemente para realizar o mantener su inversión.

La dificultad estructural surge precisamente de la tensión entre esta protección de la estabilidad y el deber dinámico que todo Estado tiene de regular en respuesta a circunstancias sociales, ambientales o económicas sobrevinientes. Berfu Beysulen Angin ha identificado esta

tensión como una de las causas fundamentales de la crisis de legitimidad del régimen ISDS, atribuyendo buena parte del desequilibrio a la falta de un desarrollo doctrinal suficientemente robusto del concepto de "interés público" como límite legítimo a las expectativas del inversionista (Beysulen Angin, 2025).

2.2 La expropiación indirecta

Junto al FET, la expropiación indirecta constituye el segundo gran vehículo doctrinal de la asimetría sustantiva. A diferencia de la expropiación directa —la transferencia formal del título de propiedad al Estado—, la expropiación indirecta se configura cuando una medida estatal, sin desposeer formalmente al inversionista, produce un efecto equivalente al privarlo sustancialmente del uso o del valor económico de su inversión. El riesgo doctrinal de esta figura reside en la dificultad para distinguir, en la práctica, entre el ejercicio legítimo de las potestades regulatorias del Estado —lo que la doctrina anglosajona denomina *police powers*— y una medida que, aunque formalmente regulatoria, produce efectos equivalentes a una expropiación.

2.3 El desequilibrio de intereses

Es necesario, sin embargo, matizar el carácter aparentemente monolítico de esta crítica. Alex Mills advierte que el proceso arbitral no opera siempre y automáticamente en un único sentido; antes bien, cada tribunal enfrenta la tarea de "reequilibrar o desequilibrar" el pacto alcanzado entre los Estados al negociar el tratado, según la manera —más o menos expansiva, más o menos deferente hacia la potestad regulatoria— en que interprete las cláusulas sustantivas (Mills, 2014). El problema, señala Mills, no reside en que exista un intento de equilibrio —que en efecto existe—, sino en que la ausencia de un sistema de apelación coherente, sumada a la

composición ad hoc y rotativa de los tribunales arbitrales, impide que ese equilibrio se alcance de manera consistente entre distintos casos.

3. Las consecuencias sistémicas: parálisis regulatoria y parálisis judicial

La combinación de las críticas estructurales y de los estándares sustantivos descritos no permanece en el plano estrictamente jurídico: produce efectos observables sobre el comportamiento de los Estados, incluso antes de que se materialice una demanda arbitral concreta. Esta investigación distingue, a este respecto, dos fenómenos conceptualmente relacionados pero institucionalmente distintos: la parálisis regulatoria y la parálisis judicial.

3.1 Parálisis regulatoria (*regulatory chill*)

El fenómeno conocido como *regulatory chill* describe la tendencia de los órganos legislativos y de las autoridades administrativas a abstenerse de adoptar, o a diluir sustancialmente, medidas regulatorias de interés público —ambientales, sanitarias, sociales— ante el temor de exponer al Estado a costosas reclamaciones arbitrales, incluso en ausencia de una demanda efectivamente presentada. Se trata, en este sentido, de un efecto disuasivo anticipado: no es la demanda arbitral la que restringe la soberanía regulatoria, sino la mera posibilidad, razonablemente anticipada por los tomadores de decisión, de que dicha demanda pueda presentarse.

3.2 Parálisis judicial (*judicial chill*)

Un fenómeno estructuralmente análogo, aunque menos explorado en la literatura especializada, es el que Hazzaa y Elrifai han denominado *judicial chill*, a propósito de su estudio sobre las restricciones a la litigación de interés público en Egipto: la posibilidad de que los propios tribunales domésticos, conscientes de que sus decisiones jurisdiccionales pueden ser

invocadas como fundamento de una reclamación arbitral internacional —por ejemplo, bajo estándares de denegación de justicia o de actuación judicial arbitraria—, adopten un grado de cautela o de autocontención que compromete su independencia funcional (Hazzaa & Elrifai, 2015). Conviene precisar que este concepto fue formulado originalmente en un contexto jurisdiccional distinto —el egipcio—, por lo que su empleo en esta investigación constituye una extensión analítica, no una aplicación directa de una tesis previamente formulada sobre América Latina; su pertinencia para el caso colombiano, que se desarrollará en el Capítulo III a propósito de la relación entre la Corte Constitucional y los tribunales arbitrales.

Leídos en conjunto, la parálisis regulatoria y la parálisis judicial comparten un mismo mecanismo causal subyacente: la anticipación racional, por parte de distintos órganos del Estado —el legislador y el regulador, de un lado; el juez, del otro—, de un riesgo de litigio internacional que condiciona su comportamiento independientemente de que dicho litigio llegue efectivamente a materializarse.

Los conceptos desarrollados en este marco teórico no operan de manera aislada, sino como momentos sucesivos de un mismo proceso. La genealogía histórica —de la doctrina Calvo al acuerdo de soberanía por protección— explica por qué, en algún momento, los Estados en desarrollo se apartaron de una tradición jurídica diseñada precisamente para prevenir la asimetría que hoy enfrentan. La racionalidad limitada de Poulsen explica cómo, en el caso concreto de México, esa decisión se adoptó bajo condiciones de información y capacidad institucional restringidas. La crítica estructural de Arato y de Arcuri identifica qué es, exactamente, lo que resulta defectuoso en el diseño resultante: una homogeneización sustantiva del derecho aplicable, de un lado, y una asimetría procesal de acceso, del otro. Los estándares sustantivos del Trato Justo y Equitativo, las expectativas legítimas y la expropiación indirecta muestran cómo esas

fallas estructurales se traducen en doctrina jurídica concreta, aplicable caso por caso. Y la parálisis regulatoria y la parálisis judicial documentan las consecuencias observables de gobernanza que dicho régimen produce sobre el ejercicio de la función pública.

METODOLOGÍA

6.1 Enfoque y carácter de la investigación

La presente investigación adopta un enfoque cualitativo y se inscribe en una lógica analítica, explicativa e interpretativa. Es cualitativa porque examina normas, tratados, laudos, sentencias y decisiones estatales como materiales jurídicos y documentales, sin recurrir a técnicas de levantamiento primario de datos como encuestas, entrevistas o experimentos.

Su carácter analítico y explicativo deriva de que no se limita a describir el régimen ISDS, sino que busca reconstruir cómo determinadas asimetrías en la estructura del sistema se traducen en condicionamientos normativos, institucionales y políticos sobre los Estados.

Su dimensión interpretativa responde a que la comprensión del derecho se realiza desde el examen razonado de sus fuentes, de su coherencia interna y de sus implicaciones institucionales, dentro de la tradición doctrinal y hermenéutica de la investigación jurídica (Hutchinson & Duncan, 2012; Smits, 2017; Byrne & Olsen, 2024; Theil, 2025).

Su objeto de estudio central es: el condicionamiento de la capacidad regulatoria, jurisdiccional y defensiva del Estado derivado de las asimetrías en la arquitectura del sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS).

6.2 Método principal: jurídico doctrinal

El método principal es el jurídico-doctrinal, entendido como el estudio sistemático de las fuentes jurídicas relevantes para identificar, interpretar, articular y evaluar reglas, principios y categorías normativas.

Esta opción metodológica es consistente con la idea de que la investigación doctrinal constituye una metodología propia de la disciplina jurídica, centrada en las fuentes del derecho y en el razonamiento interno del sistema, aunque abierta a incorporar elementos de práctica institucional cuando resultan necesarios para comprender el derecho en funcionamiento (Hutchinson & Duncan, 2012; De Witte, 2022).

6.3 Técnicas de investigación: análisis documental y análisis jurisprudencial

En el plano metodológico, la investigación combina dos técnicas principales:

a) Análisis documental

Permite trabajar de forma sistemática con: i) Tratados bilaterales de inversión (TBI) de México y Colombia con Estados Unidos. ii) Capítulos de inversión de acuerdos comerciales (TLCAN, T-MEC, TLC Canadá-Colombia). iii) Laudos arbitrales del CIADI y otros foros. iv) Sentencias constitucionales (especialmente las de la Corte Constitucional colombiana). v) Documentos gubernamentales (Directiva Presidencial N° 05 de 2025, comunicados oficiales) y vi) Informes especializados de UNCTAD, Transnational Institute, Institute for Policy Studies.

b) Análisis jurisprudencial

Se orienta a identificar: i) Patrones argumentativos en los laudos arbitrales. ii) Criterios de interpretación recurrentes (especialmente sobre FET y expropiación indirecta). iii) Tensiones normativas entre el derecho internacional de inversiones y el derecho constitucional doméstico. iv) Efectos institucionales derivados de decisiones arbitrales y judiciales seleccionadas por su relevancia.

Esta combinación resulta adecuada para un objeto de estudio en el que el derecho positivo, la práctica decisional y la respuesta institucional de los Estados forman parte del mismo problema de investigación (Bowen, 2009; Smits, 2017;).

6.4 Diseño de la investigación

En cuanto al diseño, la investigación se organiza secuencialmente en tres niveles, que corresponden a los tres capítulos de la tesis.

Sobre el uso de la comparación:

Este último movimiento incorpora un uso acotado de la comparación: no busca construir una teoría general de derecho comparado entre ordenamientos, sino contrastar casos y decisiones para comprender unidades complejas y advertir similitudes, diferencias y regularidades en la operación del sistema (Van Hoecke, 2015; della Porta, 2008). México y Colombia no se presentan como dos casos equivalentes dentro de una comparación clásica, sino como dos expresiones complementarias del mismo problema estructural: México funciona como estudio del condicionamiento político-económico; Colombia funciona como estudio de la manifestación jurisprudencial y regulatoria del mismo fenómeno.

6.5 Fuentes de información

Fuentes primarias (normativas y jurisprudenciales):

- Tratados bilaterales de inversión (Colombia-España, México-España, Colombia-Francia, Colombia-EE.UU., México-EE.UU.).
- Acuerdos de libre comercio (TLCAN, T-MEC, TLC Canadá-Colombia).
- Laudos arbitrales del CIADI: *Metalclad v. Mexico*, *Waste Management v. Mexico*, *Marvin Feldman v. Mexico*, *Telefónica v. Colombia*, *Eco Oro v. Colombia*, *Montauk Metals v. Colombia*, *Red Eagle v. Colombia*, *Glencore v. Colombia*, *South32 v. Colombia*.

- Sentencias: Corte Constitucional de Colombia (C-252/2019, C-555/2013, C-035/2016, T-361/2017).
- Instrumentos de política exterior: Directiva Presidencial N° 05 de 2025 (Colombia), comunicados del Business Roundtable (2025).

Fuentes secundarias (académicas de alto impacto):

- Artículos en revistas Q1: *American Journal of International Law*, *International Studies Quarterly*, *Leiden Journal of International Law*, *Arbitration International*, *Latin American Perspectives*.
- Libros y capítulos de editoriales universitarias: Cambridge University Press, Oxford University Press, Edinburgh University Press, Universidad Externado de Colombia.
- Informes institucionales: UNCTAD, Transnational Institute (TNI), Institute for Policy Studies (IPS), CIADI.
- Pronunciamientos, artículos de opinión o blogs de árbitros y juristas académicos expeditos para el análisis jurisprudencial de laudos o dictámenes del CIADI como institución internacional de mediación arbitral, así como informes de calificadores de ranking jurídico o de empresas injerentes en el desarrollo de políticas públicas (Business Roundtable).

6.6 Criterios de selección de casos y documentos

Casos arbitrales: se seleccionaron aquellos que (i) han sido citados recurrentemente en la literatura como emblemáticos de las tensiones estructurales del ISDS; (ii) involucran a México o Colombia como Estado demandado; (iii) abordan estándares sustantivos clave (FET, expropiación indirecta); y (iv) han sido resueltos mediante laudo público (teniendo presente la

existencia del criterio de confidencialidad del que gozan distintos contratos comerciales internacionales y de inversión extranjera a nivel global).

6.7 Limitaciones del estudio

Acceso restringido a documentos arbitrales confidenciales: aunque muchos laudos son públicos, algunos documentos procesales (memoriales, contra-memoriales, transcripciones de audiencias) no lo son. Esta limitación se mitiga mediante el uso de fuentes secundarias confiables y análisis de los laudos publicados.

Imposibilidad de trabajo de campo o entrevistas: no se realizan entrevistas a negociadores, árbitros o funcionarios. El estudio se basa exclusivamente en fuentes documentales y jurisprudenciales, lo cual es coherente con el método jurídico doctrinal, pero limitativo en cuanto al marco investigativo.

Alcance temporal: los casos analizados cubren principalmente el periodo 2000-2025, con especial énfasis en los desarrollos de la última década. No se pretende una cobertura exhaustiva de todos los arbitrajes contra ambos países a lo largo del tiempo ni en retrospectiva histórica.

INTRODUCCIÓN

El sistema de arbitraje internacional de inversiones, consolidado bajo el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés), constituye hoy el pilar jurisdiccional de la gobernanza económica global. No obstante, su legitimidad se encuentra bajo un escrutinio creciente al ser cuestionado como un foro neutral de adjudicación. La presente investigación sostiene que el sistema ISDS no es un mero conjunto de reglas procesales, sino un régimen configurado por **asimetrías estructurales** inherentes a su diseño, las cuales condicionan

de manera profunda la soberanía y la capacidad regulatoria de los Estados receptores de inversión.

El problema central de este estudio se condensa en la siguiente interrogante: ¿De qué manera las asimetrías estructurales del sistema ISDS, reflejadas en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y en casos concretos de Colombia y México, condicionan la capacidad regulatoria, jurisdiccional y defensiva del Estado? Esta pregunta surge ante la evidencia de que el sistema impone una jerarquía donde los principios del derecho privado internacional suelen prevalecer sobre las concepciones locales de lo público y lo social, generando lo que la literatura denomina la "crítica del derecho privado".

La justificación de este trabajo es multidimensional. Desde lo teórico, busca aportar a la crítica académica liderada por autores como Arato, Arcuri y Poulsen, examinando la "gran asimetría procesal" y la "racionalidad limitada" desde la óptica de economías emergentes. En el plano práctico y jurídico, la investigación es relevante para el diseño de políticas públicas y la defensa de la potestad estatal para regular en áreas relevantes como la salud, el medio ambiente y la gestión de los recursos naturales, sectores que suelen entrar en conflicto con intereses corporativos transnacionales.

La tesis se estructura en tres niveles secuenciales:

1. En el Capítulo I, se identifican las dimensiones teóricas de las asimetrías, explorando la tensión entre la lógica privatista y el derecho público, así como el acceso unidireccional al sistema.

2. El Capítulo II examina el condicionamiento político-económico de México, analizando la adopción acrítica de tratados bajo el sesgo de la "racionalidad limitada" y la presión del poder corporativo estadounidense en el marco del TMEC.
3. El Capítulo III se centra en la evidencia empírica en Colombia, analizando casos hito como la saga del Páramo de Santurbán y el laudo de Telefónica, los cuales ilustran fenómenos como el *regulatory chill* y el *judicial chill*.

Finalmente, el trabajo concluye con una serie de recomendaciones orientadas a una política de Estado equilibrada, que propenda por la renegociación de tratados y el fortalecimiento de la defensa jurídica frente a un campo de juego que, por diseño, se encuentra inherentemente inclinado.

CAPÍTULO I: LAS ASIMETRÍAS EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El sistema de arbitraje internacional de inversiones, materializado a través del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés), se ha consolidado como el pilar jurisdiccional de la gobernanza económica global. Sin embargo, su legitimidad y funcionamiento han sido objeto de un escrutinio creciente. Este capítulo sostiene que el sistema ISDS no es un mero mecanismo procesal neutral, sino que está configurado por una serie de asimetrías en su arquitectura que condicionan su operación y resultados. Estas asimetrías, lejos de ser disfunciones accidentales, son inherentes al diseño del sistema y se manifiestan en tres dimensiones fundamentales: la tensión entre el derecho público y la lógica privatista, el desequilibrio en la protección de inversiones frente a la soberanía regulatoria, y las asimetrías procedimentales y de acceso que benefician a los inversionistas extranjeros.

1. Asimetrías procedimentales y de acceso al sistema ISDS

La dimensión de las asimetrías mentadas es de naturaleza procedimental y se manifiesta en el acceso desigual al sistema y en su propia configuración institucional. Bien sea por el diseño o arquitectura con el que se ha configurado el acceso al sistema por y para las partes, como también las asimetrías presentadas en ocasión a la revisión judicial y al ejercicio hermenéutico que utilizan los jueces y árbitros a la hora de fallar en derecho para cada caso puntual.

1.1 La "gran asimetría": acceso unidireccional

La profesora Alessandra Arcuri acuñó el término "La Gran Asimetría" (The Great Asymmetry) para describir el rasgo más distintivo del ISDS: es un sistema que otorga a los inversores extranjeros el derecho procesal exclusivo de demandar a los Estados ante tribunales arbitrales, mientras que los Estados no tienen la reciprocidad procesal para demandar a los inversores por incumplimientos, por ejemplo, en materia ambiental o de derechos humanos. Esta asimetría procesal es fundamental y no tiene paralelo en otros sistemas judiciales internacionales. Arcuri analiza si esta estructura unidireccional es compatible con el Estado de derecho (rule of law), concluyendo que plantea serias dudas sobre la igualdad de las partes ante la ley, un principio básico de cualquier sistema jurídico que se precie de ser justo.

Resulta por lo tanto bastante peculiar evidenciar que dentro de un plano de contratación y luego ante un eventual arbitraje internacional, no existe un derecho de acción por parte del ente estatal cuando hablamos de arbitraje de inversiones, sólo D. de contradicción, ya que como lo señala la doctora Arcuri, el Estado se encuentra supeditado a responder demandas arbitrales realizadas por los inversionistas en caso de que ellos aduzcan incumplimiento de sus expectativas legítimas o alguna clase de expropiación por parte de la nación, pero nunca si dichos inversionistas contribuyeron notoriamente al deterioro del medio ambiente, a la salud de las personas que contrataron o si se incumplieron estándares de DIH (Derecho Internacional

Humanitario) a la hora de establecerse las múltiples relaciones laborales subyugadas por la gran relación contractual de inversión en el país host.

1.2 Asimetrías en la revisión judicial y la interpretación

A parte del acceso, existen asimetrías en la interpretación y revisión de las decisiones. El profesor Alex Mills, de la University College London, analiza cómo el proceso arbitral puede "reequilibrar o desequilibrar" el acuerdo alcanzado por los Estados en un TBI. Mills señala que la falta de un sistema de apelación coherente y la tendencia de algunos tribunales a interpretar las cláusulas de manera expansiva y descontextualizada contribuyen a un "desequilibrio" sistémico. Aunque el análisis empírico de los resultados es complejo (pues la autoselección de casos puede sesgar las estadísticas), la estructura del sistema —con árbitros que rotan entre la representación de partes y la función adjudicativa— genera preocupaciones sobre la independencia y la imparcialidad, y sobre un posible sesgo estructural a favor del capital.

Además, el sistema ISDS tiende a tratar a los Estados como unidades homogéneas, ignorando las asimetrías de poder y capacidad institucional entre ellos. Un país en desarrollo con un sistema judicial frágil y recursos limitados no está en igualdad de condiciones para enfrentar una demanda arbitral que un país desarrollado, ni siquiera frente a un tribunal ad hoc.

Las asimetrías en la arquitectura del sistema de arbitraje internacional de inversiones son múltiples y están profundamente entrelazadas. Desde la crítica del derecho privado de Arato, que evidencia la imposición de un modelo jurídico homogéneo sobre diversas tradiciones legales, hasta el desequilibrio sustantivo entre la protección del inversor y la soberanía regulatoria del Estado, y culminando con la "gran asimetría" procesal que otorga un derecho de acción exclusivo a los inversores. Estas características no son defectos menores, sino elementos constitutivos del sistema que condicionan su operación y resultados. Este análisis estructural es esencial para

comprender, como se explorará en los capítulos siguientes, cómo México y sobre todo Colombia han sido condicionados en su capacidad de defensa y en el ejercicio de su potestad normativa dentro del sistema ISDS. El diseño mismo del sistema, en conclusión, genera un campo de juego inherentemente inclinado en que los Estados deben navegar con una conciencia aguda de sus limitaciones y de las profundas asimetrías que enfrentan.

2. La tensión fundamental: derecho público vs. lógica privatista

Una de las asimetrías más profundas del sistema de arbitraje de inversiones radica en su naturaleza híbrida, que busca resolver controversias de derecho público —como actos regulatorios, decisiones administrativas y políticas ambientales de un Estado— a través de un mecanismo adjudicativo inspirado en el derecho privado contractual.

2.1 La crítica del derecho privado de Julián Arato

El profesor Julián Arato, en su obra seminal "The Private Law Critique of International Investment Law", argumenta que los tratados de inversión, particularmente los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), imponen restricciones sutiles pero profundas sobre la capacidad de los Estados para organizar sus sistemas internos de derecho privado. Esto incluye áreas medulares como las leyes de propiedad, contratos, sociedades y propiedad intelectual. Arato sostiene que el problema no es sólo que el derecho internacional de inversiones interfiera con estas áreas, sino que lo hace bajo un modelo homogéneo y "talla única" (one-size-fits-all) que desconoce la amplia variación de valores y tradiciones jurídicas reflejadas en las instituciones de derecho doméstico. Por ende, afirmamos que resulta igualmente inherente al sistema ISDS una reforma, puesto que lo argüido con antelación por el doctor Arato funge como ejemplo notorio de la tesis desarrollada dentro de este cuerpo argumentativo; debe existir un criterio de especificidad atendiendo los marcos normativos y particulares de cada ordenamiento jurídico de manera aislada y no homogenizada.

Esta crítica es estructural porque revela cómo el ISDS no se limita a proteger inversiones, sino que actúa como un mecanismo de disciplina que puede desestabilizar equilibrios internos cuidadosamente contruidos por los Estados. Al privilegiar la protección del inversor por encima de las particularidades del derecho local, el sistema impone una jerarquía normativa donde los principios del derecho privado internacional (a menudo inspirados en tradiciones de países capitalistas desarrollados) prevalecen sobre las concepciones locales de lo público y lo social. El resultado, como señala Arato, es un sistema que produce ineficiencia, injusticia e inequidades distributivas que han sido pasadas por alto tanto por críticos como por defensores del régimen. Valga señalar, en todo caso, que dicha desestabilización de los equilibrios estatales internos no se ve reflejada en la misma proporción respecto de países del hemisferio norte como por ejemplo los europeos, los norteamericanos y los Estados del hemisferio más desarrollado en Asia.

2.2 La privatización de lo público

Esta "privatización" de lo público se manifiesta en la propia naturaleza del proceso arbitral. A diferencia de los tribunales judiciales permanentes, que encarnan la autoridad y la continuidad del Estado de derecho, los tribunales arbitrales son ad hoc, temporales y operan en gran medida al margen de los sistemas judiciales nacionales (siempre y cuando no haya violación de normas imperativas del ordenamiento jurídico doméstico en cuestión). Esta estructura fomenta una visión del conflicto como una disputa entre partes privadas (el inversor y el Estado visto como un ente contractual), desdibujando la dimensión colectiva y los intereses de la ciudadanía que subyacen a las políticas públicas impugnadas. La asimetría, por tanto, no es solo procesal, sino epistémica: el sistema está diseñado para "ver" los problemas como violaciones de derechos de propiedad privada, no como el ejercicio legítimo de la potestad regulatoria estatal en pro del bien común, salvo claro está casos excepcionales o en cuya actuación del ente privado se haya podido constatar de manera evidente la repercusión negativa dentro del Estado receptor de

inversión. Empero, valga señalar en todo caso que el Estado accede a dicha relación contractual-arbitral a través del consentimiento y de su carácter volitivo; es decir, no se encuentra coaccionado ni viciado de alguna forma a la hora de acceder al sistema CIADI, por lo que, si un Estado receptor de inversión no considera asertivo el incluir dicho sistema arbitral dentro de la relación contractual, no está éste bajo ningún concepto obligado para tales efectos.

3. El desequilibrio entre protección de inversiones y soberanía regulatoria

La segunda asimetría de forma se refiere al desequilibrio sustantivo entre los derechos otorgados a los inversores y la capacidad de los Estados para regular en pro del interés público. Este desequilibrio no es un accidente, sino el resultado de un diseño normativo que prioriza la estabilidad y previsibilidad para el capital extranjero por encima de la flexibilidad democrática de los Estados.

3.1 El "Trato Justo y Equitativo" y la "Expropiación Indirecta" como fuentes de asimetría

Los estándares sustantivos de protección, en particular el Trato Justo y Equitativo (FET) y la Expropiación Indirecta, son los vehículos principales a través de los cuales se materializa esta asimetría. El FET, al ser una cláusula abierta y de textura amplia, ha sido interpretada por los tribunales arbitrales de manera expansiva. Asimismo, el caso *Metalclad v. México* ejemplifica esta tendencia, donde el tribunal exigió un marco regulatorio que no dejara "ningún espacio a la duda", imponiendo una carga de transparencia y estabilidad casi absoluta al Estado mexicano (Dodge, 2001). Valga decir que esta casuística y este concepto propio del arbitraje internacional de inversiones serán abordados de manera más amplia en el siguiente capítulo.

Dicha interpretación crea una asimetría porque, mientras el inversor tiene la expectativa legítima de un entorno estable, el Estado tiene el deber dinámico de regular en respuesta a nuevas circunstancias sociales, ambientales o económicas. Berfu Beysulen Angin, en un artículo

reciente en el ICSID Review, identifica esta tensión como una de las causas fundamentales de la crisis de legitimidad del ISDS. La autora sostiene que el fracaso en lograr un equilibrio entre el derecho a regular y la protección de inversiones se debe, en parte, a la falta de comprensión y utilización del concepto de "interés público" por parte de los tribunales (2025).

3.2 El acuerdo de "intercambio de soberanía por protección"

La historiadora jurídica Kate Miles ha contextualizado este desequilibrio al señalar que el régimen de inversiones se basa en un pacto único (a menudo denominado bargain) en el cual los países en desarrollo intercambiaron parte de su soberanía regulatoria por la promesa de inversión extranjera. Sin embargo, la evidencia empírica sobre la eficacia de los TBI para atraer inversiones, en el mejor de los casos, mixta. Este escepticismo sobre los beneficios reales del sistema contrasta con los costos tangibles que impone: restricciones a la política pública, el fenómeno de la "parálisis regulatoria" (regulatory chill), el cual será tratado con posterioridad, y la exposición a costosas demandas arbitrales. Esta disonancia entre el costo (pérdida de soberanía) y el beneficio (incierto atracción de inversión) constituye, por sí misma, una asimetría en la estructura de carácter político-económico. Este escrito no pretende desvirtuar la idea de que los TBI o TLC no puedan contribuir a un aumento en el índice de inversión extranjera para la nación que los suscriba, pero sí busca evidenciar y contrastar las ventajas y desventajas, los costos de transacción y la viabilidad financiera de dichas suscripciones o ratificaciones de tratados teniendo en cuenta la clara desventaja con la que empiezan los Estados incluso antes de iniciar la etapa litigiosa.

CAPÍTULO II: CONDICIONAMIENTO POLÍTICO-ECONÓMICO DE MÉXICO EN EL SISTEMA ISDS

El caso de México en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) constituye un escenario expedito para observar cómo las asimetrías en la estructura del régimen internacional de inversiones se materializan en condicionamientos políticos, económicos y normativos concretos sobre un Estado en desarrollo. Desde su adhesión al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, México ha transitado de una posición de relativo aislamiento en materia de arbitraje internacional a convertirse, en 2023, en el país más demandado del mundo por inversionistas extranjeros ante tribunales arbitrales, con un total de 55 casos conocidos. Esta transformación no es accidental, sino el resultado de una compleja interacción entre factores estructurales del sistema ISDS, decisiones de política exterior mexicana y dinámicas de poder asimétricas que operan tanto en el ámbito bilateral como multilateral.

1. La paradoja de la racionalidad limitada: México y la adopción acrítica del régimen de inversiones

1.1 La teoría de la racionalidad limitada de Poulsen

El profesor Lauge N. Skovgaard Poulsen, en su influyente artículo "Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties" publicado en *International Studies Quarterly*, ofrece un marco teórico fundamental para comprender por qué países como México adoptaron masivamente tratados bilaterales de inversión (TBI) sin una evaluación completa de sus implicaciones sistémicas (Poulsen, 2014). Poulsen argumenta que los formuladores de política en países en desarrollo operaron bajo condiciones de "racionalidad limitada" (*bounded rationality*), un concepto proveniente de la economía conductual que describe cómo los individuos e instituciones toman decisiones con información incompleta, procesamiento cognitivo limitado y sesgos sistemáticos.

La tesis central de Poulsen es que, contrariamente a los modelos de elección racional que asumen que los Estados adoptan TBI tras un cuidadoso análisis costo-beneficio, la evidencia empírica muestra que la mayoría de los países en desarrollo firmaron estos tratados sin comprender plenamente los riesgos jurídicos que implicaban. Este fenómeno se explica por tres factores interrelacionados: (i) la ausencia de experiencia previa con demandas ISDS ante el CIADI al momento de la firma de los tratados; (ii) la influencia de procesos de emulación y difusión normativa entre pares burocráticos; y (iii) la presión de países exportadores de capital y organizaciones internacionales que presentaban los TBI como instrumentos técnicos y benignos para la atracción de inversión extranjera (2014).

1.2 La experiencia mexicana en el contexto de la racionalidad limitada

El caso mexicano ilustra paradigmáticamente los mecanismos identificados por Poulsen. Al momento de la negociación del TLCAN (1990-1993) y de la posterior red de TBI que México suscribiría en las décadas siguientes, el país carecía de experiencia como demandado en arbitrajes de inversión. El Capítulo XI del TLCAN representó la primera incursión de México en el sistema ISDS, y lo hizo en el contexto de una negociación asimétrica con Estados Unidos y Canadá, donde el tema de protección a inversiones fue presentado como un requisito técnico indispensable para la integración económica regional.

La investigadora Virdzhiniya Petrova Georgieva, en un artículo publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* advierte que México no ha participado activamente en los debates globales sobre la crisis estructural del régimen de protección de inversiones y, adicionalmente, algunas decisiones gubernamentales recientes lo están transformando en un promotor *de facto* de la consolidación del diseño jurídico-institucional actual de los TBI. Esta observación resulta determinante: a diferencia de otros países latinoamericanos como Bolivia,

Ecuador o Venezuela, que denunciaron el Convenio del CIADI y renegociaron sus tratados de inversión, México no sólo mantuvo su red de TBI, sino que profundizó su integración al sistema mediante la ratificación del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), la renegociación del TLCAN transformado en TMEC, y la adhesión plena al Convenio del CIADI en 2018.

1.3 Las consecuencias de la racionalidad limitada

Las consecuencias de esta adopción acrítica del régimen de inversiones comenzaron a manifestarse con creciente claridad a partir de la década de 2010. De acuerdo con el informe "Radiografía del poder transnacional" publicado por el Transnational Institute (TNI) y el Institute for Policy Studies (IPS), en 2023 México recibió más demandas de arbitraje de inversión que cualquier otro país del mundo. Con 55 casos acumulados, México se ubica entre los países más demandados globalmente y ocupa el tercer lugar en América Latina y el Caribe, sólo superado por Argentina y Venezuela, países que atravesaron crisis económicas profundas que motivaron numerosas demandas.

Este incremento exponencial de demandas no fue anticipado por los formuladores de política mexicanos en la década de 1990, precisamente por las limitaciones cognitivas e informacionales que Poulsen identifica. Cuando México negoció el TLCAN y sus primeros TBI, el sistema ISDS del CIADI era aún incipiente y los pocos laudos existentes no permitían prever la expansiva interpretación que los tribunales arbitrales darían posteriormente a conceptos como "trato justo y equitativo", "expropiación indirecta" o "expectativas legítimas". La racionalidad limitada de los negociadores mexicanos, combinada con la presión de Estados Unidos por asegurar protecciones robustas para sus inversionistas, generó un compromiso jurídico cuyos costos plenos solo se revelarían décadas después.

2. Presiones estructurales del poder corporativo estadounidense

2.1 México "Bajo Asedio"

El profesor Alfredo Carlos, en su artículo "Mexico 'Under Siege': Drug Cartels or U.S. Imperialism?" publicado en *Latin American Perspectives*, ofrece un marco analítico para comprender las presiones estructurales que Estados Unidos ejerce sobre México en materia de política económica y regulatoria (Carlos, 2014). Aunque el artículo se centra en el fenómeno del narcotráfico, su tesis más amplia sobre las asimetrías de poder en la relación bilateral y los mecanismos de condicionamiento de la soberanía mexicana resulta directamente aplicable al análisis del sistema ISDS.

Carlos argumenta que la retórica dominante que presenta a México como un Estado fallido o "bajo asedio" por el crimen organizado oculta una dimensión fundamental: el papel de EEUU y las políticas neoliberales impuestas desde el norte en la generación de las condiciones de violencia e inestabilidad. Esta misma lógica de ocultamiento de las asimetrías opera en el discurso legitimador del sistema ISDS, que se presenta como un mecanismo neutral de protección de inversiones cuando, en realidad, constituye un instrumento de disciplina que limita la capacidad del Estado mexicano para regular en favor del interés público.

De esta manera, podemos ejemplificar el rol crucial que cumple el ámbito social de una nación de economía emergente, denotando pues que el nivel de cultura, educación, seguridad y proyección social con respecto a países cuyas bases económicas se encuentran mejor solidificadas como Estados Unidos o Canadá funge como un papel limitante tanto desde una perspectiva interna como externa. Interna si entendemos que para el doctor Carlos el narcotráfico deteriora el estado de seguridad y de bienestar colectivo en el ordenamiento jurídico mexicano, generando de esta forma inestabilidad política, social y, por consiguiente, económica de cara a la

implementación de políticas públicas para los nacionales. Y externa, comprendiendo que el narcotráfico es un elemento inherentemente nocivo en aras a atraer inversión extranjera legal al país, puesto que en cualquier momento los carteles podrían intervenir en las distintas actividades económicas pactadas dentro del TBI o incluso en la ley doméstica; lo anterior, generando presiones comerciales al momento de constituir formalmente los tratados y/o acuerdos de inversión. Valga recalcar que este fenómeno es igualmente aplicable para el caso colombiano, con la acotación de que existen incluso más grupos subversivos al margen de la ley diferentes a los del narcotráfico los cuales podrían intervenir de forma perniciosa.

2.2 La ofensiva corporativa

Un ejemplo particularmente revelador de estas presiones estructurales se produjo en noviembre de 2025, cuando el Business Roundtable (BRT), una asociación que representa a aproximadamente 200 CEOs de las mayores corporaciones estadounidenses, presentó un documento ante la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR) advirtiendo que la reforma judicial mexicana podría afectar negativamente el clima de inversión y solicitando la restauración del mecanismo ISDS en el TMEC.

Más significativo aún resulta el argumento esgrimido por los CEOs respecto del ISDS: *"La mera existencia del mecanismo ISDS probablemente daría pausa a aquellos políticos que están considerando expropiaciones o presionando a los tribunales para que cedan a caprichos políticos"*. Esta afirmación confirma explícitamente lo que la literatura crítica ha señalado durante décadas: el ISDS opera no sólo como mecanismo de resolución de controversias, sino como un instrumento de disuasión (*regulatory chill*) que condiciona *ex ante* las decisiones regulatorias de los Estados. Entendiendo que la parálisis regulatoria serviría como elemento de presión y control político y normativo, toda vez que tanto los legisladores como los tribunales

domésticos se ven limitados a proferir decisiones si no se encuentran en plena consonancia con lo alegado por el inversionista.

2.3 La asimetría en la capacidad de presión

El episodio del BRT evidencia múltiples dimensiones de la asimetría de estructura en la relación México-Estados Unidos. En primer lugar, la capacidad de coordinación y lobby del capital estadounidense es incomparablemente superior a la que podría desplegar cualquier sector empresarial mexicano para influir en las políticas de Estados Unidos. El BRT actúa como un actor colectivo que canaliza las demandas de las mayores corporaciones globales directamente ante el aparato estatal estadounidense.

En segundo lugar, la agenda de demandas del BRT no se limita al ISDS, sino que abarca un amplio espectro de políticas mexicanas: supuesto favoritismo gubernamental hacia empresas estatales (Pemex, CFE, Telmex, Mexicana), restricciones operativas en el aeropuerto internacional de la Ciudad de México, nuevos requisitos de licencias postales para servicios de paquetería, expropiaciones pasadas y medidas tributarias retroactivas.

3. El diseño institucional asimétrico del TMEC

3.1 La cláusula asimétrica "fork in the road"

El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TMEC), que reemplazó al TLCAN en 2020, constituye un ejemplo paradigmático de cómo las asimetrías estructurales se incorporan en el diseño institucional de los acuerdos comerciales. Un análisis detallado del Capítulo 14 del TMEC revela disposiciones que reflejan explícitamente las diferencias en los sistemas jurídicos de las partes y, más fundamentalmente, las jerarquías de poder entre ellas.

El profesor Alexander Bedrosyan, en un análisis publicado en el *Wolters Kluwer Arbitration Blog*, identifica la "cláusula de fork in the road" como asimétrica, contenida en el

Apéndice 3 del TMEC como una innovación sin precedentes en el derecho internacional de inversiones. Esta disposición establece que:

Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje una reclamación de que México ha incumplido una obligación conforme a este Capítulo... si el inversionista o la empresa, según corresponda, ha alegado ese incumplimiento de una obligación conforme a este Capítulo en procedimientos ante un tribunal o tribunal administrativo de México. (p. 41)

Notablemente, el TMEC no contiene una disposición paralela aplicable a inversionistas mexicanos que pretendan demandar a Estados Unidos. Esta asimetría refleja, como señala Bedrosyan, el reconocimiento por parte de los negociadores de la diferente posición que los tratados internacionales ocupan en los sistemas jurídicos internos de México y Estados Unidos.

3.2 Monismo vs. Dualismo: la base jurídica de la asimetría

México, como país de tradición de derecho civil, opera bajo un sistema jurídico monista: los tratados internacionales se incorporan automáticamente al derecho interno una vez ratificados, sin necesidad de legislación de implementación, y son directamente exigibles ante los tribunales nacionales. Esto significa que un inversionista estadounidense podría, en principio, alegar una violación del TMEC directamente ante los tribunales mexicanos.

Estados Unidos, por el contrario, se aproxima más a un sistema dualista: un tratado no se convierte automáticamente en parte del derecho interno a menos que exprese una intención de ser "autoejecutable" (*selfexecuting*). Incluso en ese caso, la separación de poderes constitucional estadounidense presume que el tratado debe ser ejecutado por el poder ejecutivo a través de la diplomacia, no por el poder judicial. Un tratado autoejecutable no es exigible ante tribunales

estadounidenses a menos que confiera claramente un derecho de acción privado, un supuesto excepcional.

Esta diferencia estructural explica la asimetría de la cláusula fork in the road. Los negociadores reconocieron que, mientras un inversionista estadounidense podría efectivamente plantear una reclamación por incumplimiento del TMEC ante tribunales mexicanos (activando así la cláusula de exclusión), resulta "altamente improbable" que un inversionista mexicano pudiera plantear una reclamación similar ante tribunales estadounidenses. La disposición asimétrica, por tanto, no hace sino reflejar y consolidar jurídicamente una asimetría preexistente en los sistemas legales de ambos países.

3.3 La restricción de la cláusula de nación más favorecida

El TMEC incorpora otra innovación significativa que beneficia a los Estados frente a los inversionistas: las notas al pie 22 y 29 de los Anexos 14D y 14E del tratado marco establecen explícitamente que la cláusula de nación más favorecida (NMF) no puede utilizarse para importar disposiciones sustantivas o de arbitraje de otros tratados. Ningún otro tratado de inversión restringe explícitamente las cláusulas NMF de esta manera.

Esta caracterización es reveladora: desde la perspectiva estadounidense, el ISDS no es un mecanismo neutral de administración de justicia, sino un instrumento de política comercial que protege los intereses de las corporaciones estadounidenses que externalizan producción a México. Si México favoreció o no el debilitamiento de las disposiciones sobre inversiones en el TMEC es una cuestión debatible, pero lo cierto es que el tratado refleja un equilibrio negociado en condiciones de profunda asimetría de poder.

4. Dimensiones sociales del condicionamiento regulatorio

4.1 El fenómeno del "Regulatory Chill"

Una de las consecuencias más significativas del condicionamiento estructural ejercido por el sistema ISDS es el fenómeno conocido como "parálisis regulatoria" (*regulatory chill*). Este concepto describe la situación en la que los Estados se abstienen de adoptar regulaciones en materia ambiental, de salud pública, laboral o de derechos humanos por temor a enfrentar costosas demandas arbitrales. La mera existencia del CIADI, como reconocieron explícitamente los CEOs del Business Roundtable, opera como un mecanismo de disuasión que "da pausa" a los políticos que consideran adoptar ciertas medidas.

En el caso mexicano, la evidencia de *regulatory chill* es particularmente preocupante en materia ambiental. El informe del Transnational Institute documenta cómo la experiencia de casos como *Metalclad v. México* ha generado una actitud de cautela por parte de autoridades ambientales mexicanas, que temen que decisiones de protección ecológica puedan ser interpretadas como expropiaciones indirectas o violaciones del trato justo y equitativo.

4.2 El riesgo fiscal para el erario público

El condicionamiento económico del sistema ISDS se manifiesta también en la exposición fiscal del Estado mexicano a reclamaciones multimillonarias. De acuerdo con el informe "Desenmascarados" de Olivet y Pérez-Rocha, utilizado dentro de este cuerpo argumentativo a modo de recurso bibliográfico, cada vez más dinero público está en riesgo de tener que pagarse a inversionistas extranjeros como resultado de arbitrajes. Los montos reclamados en casos recientes alcanzan cifras que podrían tener un impacto significativo en las finanzas públicas y, por tanto, en la capacidad del Estado para financiar políticas sociales y de desarrollo.

4.3 El debate sobre nacionalidad dual y el acceso al ISDS

Una dimensión particularmente compleja del condicionamiento estructural se ha manifestado recientemente en casos que involucran a inversionistas con doble nacionalidad que intentan demandar a México. El caso *Alicia Grace and Others v. Mexico*, resuelto en 2024, se ha convertido en un precedente fundamental sobre esta cuestión. El tribunal arbitral interpretó los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN para determinar cuándo un nacional dual puede presentar una reclamación contra su propio Estado, aplicando el test de nacionalidad dominante y efectiva.

El laudo en el caso de *Alicia Grace* no sólo desestimó las reclamaciones por falta de jurisdicción, sino que también interpretó dos reglas diferentes de *locus standi*: el Artículo 1116 fue considerado aplicable solo a interferencias directas con los derechos de los inversionistas, mientras que el Artículo 1117 permitía alegaciones por interferencia indirecta a través de inversiones controladas por el inversionista.

Este debate sobre la nacionalidad dual es particularmente relevante para México dado el alto número de personas con doble nacionalidad mexicana-estadounidense. La cuestión de fondo es si estos nacionales pueden eludir las jurisdicciones nacionales y acceder al foro arbitral internacional para impugnar políticas de su propio país, lo que plantearía interrogantes fundamentales sobre la legitimidad del sistema ISDS y el poco grado de rigurosidad procesal que tiene respecto a tratados bilaterales o multilaterales de inversión como lo era el TLCAN y lo es el TMEC hoy en día.

5. Tendencias sectoriales y nuevos frentes de litigio

5.1 El sector minero como epicentro de controversias

El sector minero se ha convertido en uno de los focos más activos de controversias CIADI contra México. De acuerdo con el análisis de Chambers and Partners, este incremento

está vinculado a políticas de la administración del expresidente Andrés Manuel López Obrador que afectaron a la industria minera. Casos emblemáticos incluyen:

- La nacionalización de la industria del litio en 2023, que generó reclamaciones de *Bacanora Lithium, Sonora Lithium y Ganfeng International Trading v. Mexico*.
- La terminación de proyectos y concesiones mineras por alegadas preocupaciones de viabilidad, como en *Almaden Minerals y Almadex Minerals v. Mexico*.

Estos casos ilustran cómo políticas orientadas a recuperar el control estatal sobre recursos naturales estratégicos —una aspiración legítima de cualquier gobierno soberano— pueden desencadenar costosos arbitrajes internacionales basados en tratados negociados décadas atrás.

5.2 Denegación de justicia y el sistema judicial mexicano

Un desarrollo jurisprudencial significativo ha sido la admisión de reclamaciones por denegación de justicia contra México. El caso *Lion Mexico Consolidated v. Mexico* produjo la primera decisión condenatoria contra México por este concepto. El tribunal interpretó el Artículo 1105 del TLCAN para concluir que el poder judicial mexicano nunca corrigió ciertos defectos de un procedimiento judicial, lo que afectó el derecho y la oportunidad del demandante de comparecer en un proceso, y eventualmente canceló una garantía a su favor. La decisión en el caso *Lion* también abordó el estándar de razonabilidad necesario para agotar los recursos internos antes de acudir al arbitraje internacional, así como la excepción de futilidad cuando no parece que los recursos locales serán efectivos o que existe una perspectiva razonable de que una apelación corrija un error judicial.

Este caso ha adquirido renovada relevancia en el contexto de la reforma judicial mexicana de 2024-2025, que implicó la remoción de todos los jueces federales designados bajo

el sistema meritocrático previo. La elección popular de jueces ha generado interrogantes sobre la preparación de los nuevos juzgadores y la posible politización de la justicia local, elementos que podrían ser utilizados en futuras reclamaciones por denegación de justicia.

5.3 Nuevos sectores en controversia: movilidad y seguros

El análisis sectorial revela una expansión de las controversias ISDS hacia nuevos ámbitos de la actividad económica. En el sector movilidad, se han presentado casos derivados de la terminación de concesiones, incluyendo la aplicación gubernamental para taxis en la Ciudad de México (*Libre Holding v. Mexico*) y la terminación de concesiones de parquímetros por la Secretaría de Movilidad de la Ciudad de México (*Doups Holdings v. Mexico*).

En el sector seguros, han surgido controversias relacionadas con medidas tributarias, particularmente el rechazo de solicitudes de devolución de IVA basadas en el mecanismo de acreditamiento previsto en la ley mexicana. Esto ha generado al menos dos casos recientes: *Allianz v. Mexico* y *Axa v. Mexico*, recurriendo necesariamente al litigio en aras a dirimir la controversia entre los intereses privados y los públicos estatales.

6. La respuesta institucional mexicana: entre la continuidad y la urgencia de reforma

6.1 La permanencia en el régimen

Frente a la ola de demandas y las evidencias de condicionamiento estructural, la respuesta institucional mexicana ha sido paradójicamente de continuidad y profundización de su integración al sistema ISDS. México no ha anunciado ni tomado acción alguna para terminar tratados existentes que prevén arbitraje de inversiones. Desde la entrada en vigor del TMEC, México no se ha retirado de ninguno de los 31 TBI u 11 acuerdos de libre comercio que conforman la arquitectura de protección de inversiones extranjeras a la que pertenece. Esta continuidad contrasta con las acciones de otros países latinoamericanos y con las

recomendaciones de organizaciones de la sociedad civil. El informe del Transnational Institute e Institute for Policy Studies los cuales ofrecen una serie de recomendaciones para que México inicie el proceso de salida del *"régimen neocolonial de protección de inversiones y el ISDS"* y defienda su soberanía.

6.2 La urgencia de un nuevo modelo de TBI

Petrova Georgieva argumenta con urgencia la necesidad de modificar la política exterior mexicana en esta área y, en este sentido, adoptar un nuevo modelo de TBI para el país. La autora señala que México no está participando en los debates globales sobre la crisis del régimen de protección de inversiones, lo que resulta insostenible dada la creciente exposición del país a demandas arbitrales.

Un nuevo modelo de TBI mexicano podría incorporar las innovaciones que otros países han adoptado en sus tratados de nueva generación: exclusiones explícitas para medidas regulatorias de interés público (salud, medio ambiente, derechos humanos); restricciones a la interpretación expansiva del trato justo y equitativo; limitaciones al uso de la cláusula NMF; disposiciones sobre responsabilidad de inversionistas; y mecanismos para evitar el abuso del proceso arbitral.

CAPÍTULO III: RESULTADOS DE CASOS ISDS CONTRA COLOMBIA

La experiencia colombiana en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) constituye un caso de estudio paradigmático para comprender las tensiones estructurales del régimen internacional de inversiones. Colombia ha transitado desde una postura histórica de desconfianza hacia el arbitraje internacional, heredada de la doctrina Calvo, hacia una integración plena en el sistema, para luego enfrentar una creciente ola de demandas que han generado un intenso debate sobre la conveniencia de su participación en este régimen.

Para junio de 2023, Colombia había participado en 19 procedimientos ISDS como Estado demandado, habiendo obtenido fallos favorables en 5 de los 7 casos decididos hasta esa fecha, siendo hoy en día la cifra de 29 casos conforme lo señalado en la página de UNCTAD. Sin embargo, esta aparente efectividad contrasta con los altos costos financieros y políticos que han implicado estos litigios, que alcanzan un valor total reclamado superior a los USD \$9.525 millones, una suma equivalente a más del 10% del presupuesto nacional de Colombia para 2019.

1. Panorama general de los casos ISDS contra Colombia

1.1 Magnitud y distribución sectorial de las controversias

De acuerdo con datos compilados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Colombia ha enfrentado un número creciente de reclamaciones arbitrales desde la entrada en vigor de sus principales tratados de inversión. A continuación, se presentan las principales características de estos casos:

Total de casos ISDS contra Colombia (hasta 2023)	19 casos
Casos decididos con fallo	7 casos
Fallos favorables a Colombia	5 casos (71.4%)
Fallos adversos a Colombia	2 casos (28.6%)
Valor total reclamado	USD \$9.525 mil millones
Laudo más cuantioso contra Colombia	USD \$380 millones (caso Telefónica)

--	--

Los sectores económicos más afectados por estas controversias han sido, en definitiva:

i) Sector minero-energético: representa la mayoría de los casos, incluyendo la saga del Páramo de Santurbán (Eco Oro, Montauk Metals, Red Eagle), el caso Glencore y el caso South32 (Cerrejón). ii) Sector de telecomunicaciones: El caso Telefónica es el más representativo. iii) Sector de infraestructura: Disputas relacionadas con concesiones viales. iv) Sector cultural: El caso Sea Search Armada (Galeón San José).

1.2 El Contexto Histórico: Tres Periodos del Arbitraje en Colombia

La doctrina especializada ha identificado tres periodos históricos que explican la evolución de la relación de Colombia con el arbitraje internacional de inversiones:

Primer periodo (finales del siglo XIX – primeras décadas del siglo XX): La protección diplomática y la doctrina Calvo

Durante esta época, Colombia, al igual que otros países latinoamericanos, fue objeto de la protección diplomática ejercida por las grandes potencias, particularmente Estados Unidos y las naciones europeas, en favor de sus nacionales, respaldada en ocasiones por intervenciones navales. En reacción, Colombia adoptó la doctrina Calvo, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo, que sostenía que los extranjeros no tenían derecho a un trato más favorable que los nacionales y que las disputas debían resolverse ante los tribunales locales, no mediante intervenciones diplomáticas.

Segundo Periodo (décadas de 1960-1980): El impulso de emancipación económica y el rechazo al CIADI

En esta etapa, la doctrina Calvo resurgió como parte del movimiento de emancipación económica impulsado por los países postcoloniales en las Naciones Unidas. Sin embargo, esta postura sufrió un revés significativo en el Banco Mundial, donde se adoptó el Convenio del CIADI en 1965, a pesar del voto negativo colectivo de los países latinoamericanos en un borrador anterior en Tokio. Colombia se mantuvo al margen del sistema CIADI durante esta época.

Tercer Periodo (1990 – presente): Expansión y Retroceso en el Arbitraje ISDS

El tercer periodo comenzó a principios de la década de 1990, cuando Colombia abandonó la doctrina Calvo y comenzó a suscribir masivamente Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y acuerdos de libre comercio con capítulos de inversión. Esta expansión llevó a la aparición de una jurisprudencia arbitral en crecimiento durante las décadas de 1990 y 2000. Sin embargo, desde principios de los años 2000, comenzaron a surgir contracorrientes: aclaraciones de tratados, exclusiones de políticas públicas (carveouts) y retiros de estados latinoamericanos, norteamericanos y europeos del sistema ISDS.

2. El caso Telefónica – el laudo que cambió la política de arbitraje colombiana

Ahora bien, ya realizada una retrospectiva temporal e histórica del arbitraje en Colombia resulta procedente enfocarnos en los casos más llamativos y destacables en el CIADI.

2.1 Antecedentes fácticos y normativos

El caso Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/3) constituye el hito jurisprudencial más significativo en la historia del arbitraje de inversiones en Colombia. La disputa se originó por la aplicación retroactiva de una interpretación constitucional que afectó las inversiones de Telefónica en Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (ColTel), sociedad en la que la empresa española ostentaba la mayoría accionaria.

La controversia tiene sus raíces en los contratos de concesión suscritos en 1994 para la prestación de servicios de telefonía móvil. Estos contratos contenían una cláusula de reversión que establecía que ciertos activos revertirían al Estado al término de la concesión. En 1998 y 2009, Colombia expidió las Leyes 422 y 1341 respectivamente, que aclararon que, al término de las concesiones de telecomunicaciones, solo el espectro radioeléctrico (un bien público) revertiría al Estado, no los activos físicos y la infraestructura. Esta aclaración legal fue entendida por los sectores público y privado como aplicable a todos los contratos existentes, incluidos los anteriores a las leyes.

El conflicto escaló en 2013, cuando la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C555/13, declarando que la aclaración legal no podía aplicarse retroactivamente a contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las leyes. En consecuencia, operadores como Telefónica debían revertir no sólo el espectro, sino también todos los activos físicos, o pagar una compensación sustancial equivalente a su valor.

2.2 El laudo arbitral: fundamentos y razonamiento

El tribunal CIADI falló a favor de Telefónica el 12 de noviembre de 2024, condenando a Colombia al pago de USD \$379.8 millones en daños y perjuicios, más intereses. Los fundamentos centrales del laudo fueron los siguientes:

a) Creación de expectativas legítimas por los poderes legislativo y ejecutivo: el tribunal encontró que, durante aproximadamente 15 años, el Estado colombiano, a través de sus leyes y la práctica administrativa consistente, había creado la expectativa legítima de que solo el espectro revertiría al Estado al término de la concesión.

b) Frustración de expectativas por el poder judicial: la Corte Constitucional, al declarar la inaplicabilidad retroactiva de las leyes, alteró fundamentalmente el marco legal y económico

sobre el cual Telefónica había basado su inversión. El tribunal consideró que esta decisión, en el contexto de una serie de medidas estatales, constituía una violación del estándar de trato justo y equitativo (FET) protegido por el TBI.

c) Responsabilidad internacional del estado por actos judiciales: el tribunal rechazó el argumento de Colombia de que sólo una denegación de justicia por parte de un tribunal podía violar el derecho internacional. Sostuvo que otras formas de conducta judicial, como una decisión "claramente incompatible con el derecho internacional", también pueden dar lugar a responsabilidad internacional.

d) Extensión de la obligación de protección y seguridad plenas: el tribunal consideró las medidas colombianas bajo la obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a las inversiones extranjeras, establecida en el Artículo 2(3) del TBI Colombia-España de 2005. Ordinariamente, este estándar se refiere a la seguridad física y protección; sin embargo, el tribunal encontró que también abarcaba una garantía de estabilidad en un marco legal seguro.

2.3 La solicitud de anulación y la reacción política

El 27 de noviembre de 2024, Colombia presentó una solicitud de anulación del laudo ante un Comité ad hoc del CIADI, tal como lo permiten las Reglas del Centro. La firma que representa a Telefónica en la disputa calificó la presentación del procedimiento de anulación como una "retórica amenazante contra el arbitraje CIADI" con "consecuencias potencialmente drásticas" (Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia, 2024).

Más significativamente, el gobierno del presidente Gustavo Petro anunció su intención de renegociar las disposiciones de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) de sus tratados bilaterales de inversión. La razón declarada fue que estas disposiciones crean desequilibrios legales al hacer disponibles a los inversionistas extranjeros recursos de arbitraje

internacional que no están disponibles para los nacionales bajo la jurisdicción ordinaria de los tribunales locales. Dicho pronunciamiento fue reiterado en el 2026 mediante la decisión de Petro de retirar a Colombia del sistema CIADI.

2.4 Análisis crítico: la tensión entre cortes constitucionales y arbitraje internacional

El caso Telefónica evidencia una tensión fundamental entre el rol de las cortes constitucionales en la protección del orden y las obligaciones internacionales derivadas de los TBI. La Sentencia C555 de la Corte Constitucional interpretó autónomamente la Constitución colombiana, pero esta interpretación fue considerada por el tribunal arbitral como violatoria del TBI.

La literatura académica ha advertido sobre el riesgo de un fenómeno de "parálisis judicial" (judicial chill), donde los jueces nacionales podrían abstenerse de ejercer legítimamente sus funciones de control constitucional por temor a exponer al Estado a responsabilidad internacional. Este riesgo es particularmente agudo cuando, como en el caso colombiano, los árbitros internacionales se arrogan la facultad de revisar el fondo de las decisiones judiciales nacionales, no sólo su compatibilidad con estándares procesales mínimos.

3. La saga del páramo de Santurbán – tres casos, tres laudos, un mismo ecosistema

3.1 Contexto ambiental y normativo

La saga del Páramo de Santurbán constituye una serie de tres procedimientos arbitrales iniciados por empresas canadienses que alegaron que las acciones de Colombia para proteger este ecosistema de alta montaña afectaron negativamente sus actividades mineras. Los tres casos se resolvieron con laudos en 2024 y representan un hito en el desarrollo del derecho internacional de inversiones en materia ambiental.

El Páramo de Santurbán es un ecosistema de humedales de alta montaña en los Andes colombianos, de importancia estratégica como fuente de agua para las comunidades locales y como ecosistema frágil que merece protección. La importancia del área y la necesidad de preservar su delicado ecosistema han sido reconocidas por las autoridades colombianas desde la década de 1980.

La evolución normativa en materia de protección del páramo incluye los siguientes hitos:

2002: Resolución 769 del Ministerio de Ambiente Requería estudios de condición de páramos y planes de manejo ambiental.

2002-2003: Sentencias C-339/02 y T-666/02 de la Corte Constitucional establecieron la obligación estatal de proteger páramos y su condición de áreas de mayor protección.

2010: Ley 1382 Prohibió exploración y explotación en áreas declaradas y delimitadas como páramos.

2014: Resolución 2090 la cual delimitó el Páramo de Santurbán en tres zonas (preservación, restauración y uso sostenible).

2015: Ley 1753 que estableció parámetros para delimitar ecosistemas de páramo.

2016: Sentencia C035 de la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1382 por falta de consulta a comunidades afectadas.

2017: Sentencia T361 de la Corte Constitucional que declaró inconstitucional la delimitación existente por falta de consulta; ordenó nueva delimitación en un año.

2018: Ley 1930 ya consolidó medidas regulatorias para protección de ecosistemas de páramo y consagró prohibición general de actividades mineras.

3.2 Los Tres Arbitrajes: Eco Oro, Montauk Metals y Red Eagle
Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia

Eco Oro (anteriormente Greystar) comenzó sus operaciones en Colombia en 1994 mediante la adquisición de un permiso de minería de oro existente. En 2007, las autoridades mineras consolidaron los títulos mineros de la empresa mediante el Contrato de Concesión 3452 para la totalidad del proyecto La Angostura. En 2009, la Corporación Financiera Internacional (IFC), brazo del Banco Mundial, decidió invertir en dicho proyecto.

Tiempo posterior, ya dentro de la etapa litigiosa arbitral, el tribunal sostuvo que las medidas adoptadas por Colombia no constituían expropiación indirecta. Aplicando el Anexo 811 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia, dicho tribunal consideró que las medidas eran no discriminatorias y estaban destinadas a lograr un objetivo público legítimo: la protección del medio ambiente. Asimismo, el tribunal encontró a Colombia responsable por violación del estándar mínimo de tratamiento debido a la demora en la delimitación final del Páramo de Santurbán. Consideró que el retraso —justificado por la falta de recursos económicos y tecnológicos— afectó las expectativas legítimas del inversionista.

Por su parte, Colombia argumentó que sus medidas estaban amparadas por la excepción ambiental del tratado, que refleja el Artículo XX del GATT. Sin embargo, el tribunal consideró que la redacción del Artículo 2201(3) no introducía una exención de responsabilidad (waiver) para las partes del tratado cuando adoptan medidas de protección ambiental. El tribunal señaló que, si las partes hubieran querido introducir dicha exención, la habrían redactado en términos

similares al Anexo del Artículo 811(2)(b). Por lo tanto, el tribunal condenó a Colombia en costas, aunque no otorgó compensación por expropiación.

Montauk Metals v. Republic of Colombia

A diferencia de Eco Oro, Montauk no poseía un contrato de concesión, sino un acuerdo de opción mediante el cual podía adquirir los derechos de exploración y explotación otorgados a otra empresa, Reina de Oro, bajo un contrato. Cuando Reina de Oro impugnó el ejercicio de la opción por diversas razones, incluida la incertidumbre regulatoria sobre el páramo, Montauk inició arbitraje. Mediante laudo del 7 de junio de 2024 el tribunal absolvió a Colombia de todos los cargos, declarando que no hubo expropiación ni violación del estándar mínimo de tratamiento (MST) o del trato justo y equitativo (FET).

Red Eagle Exploration v. Republic of Colombia

Similar a Montauk, el tribunal en Red Eagle absolvió a Colombia de todos los cargos, reconociendo el derecho del Estado a regular en materia ambiental. La saga del Páramo de Santurbán ofrece una oportunidad única para analizar la consistencia de los tribunales arbitrales al aplicar las mismas disposiciones del TLC Canadá-Colombia a hechos sustancialmente similares, pero con sus debidas distinciones fácticas en torno a un mismo ecosistema.

Por otra parte, afirmamos que existe inconsistencia en la aplicación del MST (Minimum Standard of Treatment). Mientras en Eco Oro la demora en la delimitación fue considerada violatoria del MST, en Montauk un elemento de arbitrariedad reconocido fue considerado insuficiente para constituir violación. Interpretación restrictiva de la excepción ambiental: Los tres tribunales coincidieron en interpretar restrictivamente el Artículo 2201(3) del TLC Canadá-Colombia, negando que constituyera una exención de responsabilidad para medidas ambientales.

3.3 La perspectiva socio-legal: más allá del doctrinalismo

La profesora Lorenzo Cotula y el profesor Nicolás M. Perrone, en un estudio publicado en el *Leiden Journal of International Law* (Cambridge University Press), ofrecen una perspectiva socio-legal del caso Eco Oro que trasciende el análisis doctrinal tradicional. Los autores sostienen que la disputa sobre el Páramo de Santurbán involucra a diversos actores, intereses económicos, sociales y ambientales contrapuestos, y diferentes visiones sobre cómo reconciliarlos. A lo largo de los años, la disputa afectó las relaciones entre activistas que abogan por la protección de un ecosistema frágil y una fuente clave de agua, y empresas mineras y mineros artesanales. También expuso fisuras entre mineros artesanales y de gran escala, entre el ejecutivo y el judicial, y entre múltiples agencias gubernamentales con diferentes mandatos institucionales.

Cotula y Perrone argumentan que el marco del arbitraje inversionista-Estado coloca en el centro un conjunto de intereses —los del inversionista extranjero—, ya que los tratados de protección de inversiones encomiendan al tribunal arbitral investigar si esos intereses fueron indebidamente interferidos. En este proceso, el medio ambiente y las comunidades locales son "representados" a través del prisma de acuerdos internacionales diseñados principalmente para proteger la inversión extranjera (*soft law*). Los autores concluyen que los hallazgos apuntan a la necesidad de una reforma sistémica del derecho internacional de inversiones, alejándose del énfasis predominante en la protección de inversiones y el ISDS, hacia un modelo de gobernanza que considere efectivamente las dimensiones sociales, políticas y ambientales de los proyectos de inversión extranjera.

4. Otros casos emblemáticos

4.1 Glencore v. Colombia (primer laudo adverso contra Colombia)

En agosto de 2019, Colombia recibió su primer laudo adverso en un arbitraje de inversión. El caso Glencore International AG v. Republic of Colombia (caso CIADI No. ARB/16/6) condenó a Colombia a pagar USD \$19 millones más intereses y costas legales a la multinacional suiza Glencore. El caso se originó por la negativa del Estado colombiano a reconocer el pago de ciertas obligaciones tributarias por parte de una empresa contratista de Glencore. Aunque el monto era relativamente modesto en comparación con casos posteriores, el laudo tuvo importancia simbólica por ser el primero en contra del país y por involucrar facultades fundamentales del Estado para sancionar violaciones fiscales o administrativas cometidas por empresas multinacionales.

4.2 South32 v. Colombia (caso del cerrejón)

En junio de 2024, un tribunal CIADI emitió un laudo condenando a Colombia a pagar una indemnización a South32, una empresa australiana, en relación con disputas sobre el complejo minero del Cerrejón. El laudo se encuentra actualmente en proceso de reconocimiento y ejecución ante los tribunales de Estados Unidos.

4.3 Sea Search Armada v. Colombia (Galeón San José)

En junio de 2024, Sea Search Armada, LLC presentó una reclamación arbitral contra Colombia relacionada con el descubrimiento del Galeón San José, un navío español hundido en 1708 frente a las costas de Cartagena. El 23 de diciembre de 2024, Colombia presentó su respuesta a la reclamación, argumentando que el demandante no encontró el Galeón San José y no tiene derechos sobre el patrimonio cultural colombiano. Este caso plantea cuestiones novedosas sobre la interacción entre el derecho de inversiones y la protección del patrimonio

cultural sumergido (regulado por la Ley 1675 de 2013), un área donde la práctica arbitral es aún incipiente.

5. La respuesta institucional – de la Corte Constitucional a la directiva presidencial

5.1 El precedente de la Sentencia C252 de 2019

La Sentencia C252 de 2019 de la Corte Constitucional de Colombia, que revisó la constitucionalidad del TBI ColombiaFrancia, constituye un hito en el control de constitucionalidad de los tratados de inversión. Al momento del fallo, bajo los más de 24 TBI, tratados de libre comercio y otros tratados relacionados con inversiones ratificados por Colombia, existían 20 reclamaciones ISDS contra el país, 9 de las cuales estaban en fase de solución directa y 11 en procedimiento formal. Notablemente, 9 de las 11 reclamaciones en procedimiento arbitral se basaban en presuntas violaciones internacionales derivadas de sentencias emitidas por la propia Corte Constitucional.

La Corte Constitucional cambió su metodología de revisión de tratados de inversión. Anteriormente, la revisión se limitaba a cotejar las cláusulas del tratado con la Constitución, sin referencia al alcance de dichas cláusulas en la solución de controversias por árbitros. En Sentencia C-252, la Corte desagregó los mandatos derivados de cada cláusula del tratado, cotejó su alcance con los parámetros que los laudos habían establecido sobre las cláusulas de control material, y determinó cuáles eran admisibles y cuáles inadmisibles con base en la interpretación constitucional.

A pesar de que los magistrados Álvarez, Urueña y Correa, así como el magistrado Carlos Bernal, advirtieron sobre los riesgos del ISDS —incluyendo la falta de interpretación conforme a derechos humanos, la tendencia de los Estados a perder casos, la posible revisión de sentencias de la Corte Constitucional por árbitros y los montos reclamados que pueden afectar

sustancialmente las finanzas estatales—, la Corte declaró la pura y simple exigibilidad del acuerdo.

5.2 La Directiva Presidencial N° 05 de 2025

La respuesta ejecutiva a la crisis generada por el laudo Telefónica fue la Directiva Presidencial N° 05 de 2025, emitida el 16 de julio de 2025. Esta directiva establece un nuevo marco regulatorio para la participación de las entidades públicas en arbitrajes.

Dentro de sus disposiciones principales podemos encontrar:

- "1. Prohibición de someter disputas comerciales internacionales al CIADI: La directiva prohíbe a las entidades públicas colombianas someter disputas comerciales internacionales al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.*
- 2. Centralización del proceso de designación de árbitros: Se establece un proceso altamente centralizado y burocrático para el nombramiento de árbitros, que requiere múltiples niveles de aprobación por parte de agencias ejecutivas.*
- 3. Requisitos rígidos para la composición de listas de árbitros: Se imponen requisitos estrictos, incluyendo cuotas de género y prohibiciones sobre paneles preconstituidos.*
- 4. Restricciones al arbitraje internacional: La directiva limita la posibilidad de recurrir a foros internacionales para la resolución de disputas."*

La literatura especializada ha señalado que la Directiva N° 05, si bien responde a preocupaciones legítimas sobre los desequilibrios del sistema ISDS, presenta problemas significativos:

Instrumento inadecuado: Al ser una directiva presidencial y no una ley de la República, carece de la legitimidad democrática y la estabilidad de un instrumento legislativo.

Confusión conceptual: Mezcla el arbitraje comercial internacional (entre partes privadas) con el arbitraje inversionista-Estado (ISDS), que responden a lógicas distintas.

Prohibición absoluta: Una prohibición categórica de someter disputas al CIADI impide evaluaciones caso por caso, lo que podría ser contraproducente para los intereses del Estado.

Politización del proceso: La incorporación de supuestos ideológicos en un asunto técnico-legal puede politizar innecesariamente el proceso arbitral.

6. Análisis de los resultados

6.1 Balance general: ¿qué muestran los casos?

La saga del Páramo de Santurbán demuestra que la inclusión explícita de exenciones para medidas regulatorias de interés público, como la contenida en el Anexo 811 del TLC Canadá-Colombia para expropiación, puede ser determinante para la responsabilidad del Estado. Por el contrario, la ausencia de una exención similar para el estándar de trato justo y equitativo dejó a Colombia expuesta a responsabilidad en Eco Oro.

Por otro lado, el caso Telefónica evidencia el riesgo de que tribunales arbitrales revisen el fondo de decisiones judiciales nacionales, generando un fenómeno de "parálisis judicial". Colombia ha sido particularmente vulnerable en este aspecto, ya que 9 de las 11 reclamaciones en procedimiento arbitral se basaban en presuntas violaciones derivadas de sentencias de la propia Corte Constitucional.

Los casos analizados revelan que las disputas en el sector minero-energético (Santurbán) han tenido resultados más favorables para Colombia que las disputas en el sector de

telecomunicaciones (Telefónica). Esto sugiere que la naturaleza del sector y el tipo de regulación involucrada (ambiental vs. contractual) pueden influir en la percepción de los tribunales arbitrales.

Por un lado, Colombia ha obtenido resultados favorables en la mayoría de los casos decididos (5 de 7, 71.4%), lo que podría interpretarse como una defensa efectiva de sus intereses. Por otro lado, los casos perdidos han sido extraordinariamente costosos, tanto en términos financieros —con el laudo Telefónica alcanzando los USD \$380 millones— como en términos de afectación a la soberanía regulatoria. La saga del Páramo de Santurbán ilustra tanto las fortalezas como las debilidades del sistema. En dos de los tres casos, Colombia logró la absolución total, demostrando que los tribunales arbitrales pueden reconocer el derecho del Estado a regular en materia ambiental. Sin embargo, el laudo Eco Oro —que encontró violación del estándar mínimo de tratamiento por la demora en la delimitación del páramo— evidencia que incluso cuando el Estado actúa con fines legítimos de protección ambiental, puede ser considerado responsable por deficiencias procesales en la implementación de sus políticas.

La tensión entre las cortes locales y el arbitraje internacional, evidenciada en el caso Telefónica, constituye quizás el desafío más profundo para el sistema ISDS dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La posibilidad de que tribunales arbitrales revisen el fondo de decisiones judiciales nacionales plantea interrogantes fundamentales sobre la separación de poderes y la autonomía de los ordenamientos jurídicos domésticos. En respuesta a estos desafíos, Colombia ha transitado desde una postura de integración acrítica al sistema ISDS hacia una posición de mayor escepticismo, culminando en la Directiva Presidencial N° 05 de 2025. Sin embargo, como han señalado los analistas, una respuesta efectiva a los desequilibrios del sistema requiere no solo medidas ejecutivas unilaterales, sino una política de Estado integral que incluya

la renegociación de tratados, el fortalecimiento de la capacidad de defensa legal del Estado y la participación activa en los debates globales sobre la reforma del ISDS.

CONCLUSIONES GENERALES

Tras el desarrollo de los tres capítulos que componen esta tesis —el primero dedicado a la identificación teórica de las asimetrías, el segundo al análisis del condicionamiento de México, y el tercero al estudio de la evidencia casuística en Colombia—, se impone la necesidad de ofrecer una respuesta concreta, sistemática y críticamente fundamentada. Se estructura la respuesta en seis apartados: (i) la confirmación de la hipótesis sobre las asimetrías en la estructura; (ii) los mecanismos de condicionamiento identificados en México; (iii) la evidencia casuística en el ordenamiento colombiano; (iv) el denominador común: la pérdida de soberanía regulatoria y el fenómeno del chill; (v) la evaluación crítica de las respuestas institucionales; y (vi) recomendaciones para una política de Estado equilibrada en el sistema ISDS.

1. Confirmación de la hipótesis: las asimetrías en la estructura como rasgo constitutivo del sistema ISDS

El primer capítulo demostró que las asimetrías del sistema de arbitraje internacional de inversiones no son disfunciones accidentales o corregibles mediante ajustes marginales, sino rasgos constitutivos del diseño institucional y normativo del régimen. Tres dimensiones de asimetría resultan particularmente relevantes para responder la pregunta de investigación.

a) La asimetría privatista (derecho público vs. lógica contractual). Siguiendo la crítica del derecho privado formulada por Arato (2019), se evidenció que los TBI imponen un modelo homogéneo de derecho privado internacional que desconoce la diversidad de tradiciones jurídicas y los equilibrios internos de cada Estado. Esta asimetría epistémica lleva a los tribunales arbitrales a “ver” los conflictos como violaciones de derechos de propiedad, no como

el ejercicio legítimo de la potestad regulatoria estatal. El Estado, al ser demandado, se ve forzado a defenderse en un foro cuyo lenguaje y presupuestos le son extraños y le resultan estructuralmente desfavorables.

b) La gran asimetría procesal (acceso unidireccional). Como lo ha documentado Arcuri (2021), el sistema otorga a los inversionistas extranjeros el derecho exclusivo de demandar a los Estados, mientras que estos últimos no cuentan con la reciprocidad procesal para reclamar incumplimientos de los inversores en materia ambiental, laboral o de derechos humanos. Esta asimetría viola el principio elemental de igualdad de partes que subyace a cualquier sistema judicial que se precie de justo. En la práctica, significa que los Estados en desarrollo cargan con todos los costos del litigio —defensa, laudos adversos, costas— sin disponer de un mecanismo simétrico para disciplinar conductas abusivas de los inversionistas.

c) La asimetría sustantiva (protección de inversiones vs. soberanía regulatoria). Los estándares de trato justo y equitativo (FET) y expropiación indirecta, tal como han sido interpretados por numerosos tribunales arbitrales (vid. Metalclad, Waste Management, Telefónica), otorgan a los inversionistas expectativas legítimas de estabilidad normativa que difícilmente pueden ser satisfechas por Estados cuyas constituciones exigen una regulación dinámica en respuesta a nuevas realidades sociales, ambientales o económicas. El resultado es un desequilibrio estructural: mientras el inversionista tiene derecho a un entorno predecible, el Estado tiene el deber de regular en interés público, y cuando ambos entran en conflicto, el laudo arbitral tiende a privilegiar el primero.

Estas tres asimetrías, actuando en conjunto, configuran un campo de juego inherentemente inclinado. La pregunta de investigación encuentra así su primera respuesta: el sistema ISDS limita la capacidad de defensa de los Estados en desarrollo porque su arquitectura

misma fue diseñada para proteger al inversionista, no para equilibrar intereses contrapuestos entre capital extranjero y soberanía popular.

2. México: condicionamiento político-económico y la paradoja de la racionalidad limitada

El segundo capítulo aplicó el marco analítico al caso mexicano, revelando cómo las asimetrías en la arquitectura del sistema se traducen en condicionamientos concretos sobre un Estado en desarrollo altamente integrado al mercado norteamericano.

a) La paradoja de la racionalidad limitada (Poulsen, 2014). México adoptó masivamente TBI y el Capítulo XI del TLCAN en la década de 1990 sin comprender plenamente los riesgos jurídicos y fiscales que implicaban. Los negociadores actuaron bajo información incompleta, sesgos cognitivos y presión externa (particularmente de Estados Unidos), asumiendo que las cláusulas de protección eran meramente técnicas. Sólo décadas después, cuando México se convirtió en el país más demandado del mundo (55 casos acumulados en 2023), se reveló el verdadero costo de esa adopción acrítica. La paradoja es que, incluso después de esa constatación, México no ha denunciado tratados ni ha modificado sustancialmente su política de inversiones, a diferencia de otros países latinoamericanos.

b) La presión corporativa estadounidense como mecanismo de condicionamiento externo.

El documento presentado por el Business Roundtable en noviembre de 2025 ante el USTR es una evidencia elocuente de cómo el capital transnacional busca disciplinar la política regulatoria mexicana. Los CEOs de las mayores corporaciones estadounidenses advirtieron explícitamente que la reforma judicial mexicana podría afectar el clima de inversión y solicitaron la restauración del ISDS en el TMEC. Lo más revelador es su afirmación de que “la mera existencia del mecanismo ISDS probablemente daría pausa a aquellos políticos que están considerando expropiaciones o presionando a los tribunales”. Esta declaración confirma que el ISDS opera

como instrumento de disuasión ex ante (regulatory chill), condicionando las decisiones soberanas sin necesidad de que se inicie un arbitraje.

c) El diseño asimétrico del TMEC. El análisis de la cláusula fork in the road asimétrica contenida en el Apéndice 3 del TMEC evidencia cómo las diferencias entre sistemas monistas y dualistas se traducen en desventajas procesales para México. Mientras un inversionista estadounidense puede alegar violaciones del tratado ante tribunales mexicanos (activando la cláusula de exclusión), resulta altamente improbable que un inversionista mexicano pueda hacer lo propio ante tribunales estadounidenses. La disposición no hace sino codificar jurídicamente una jerarquía de poder preexistente.

En suma, el caso mexicano demuestra que las asimetrías en la estructura del ISDS no sólo operan en el plano adjudicativo, sino que generan efectos de condicionamiento preventivo sobre la formulación de políticas públicas, afectando particularmente sectores sensibles como el ambiental, el minero y el fiscal. La capacidad de defensa de México se ve limitada no tanto por los resultados de los laudos (aunque los costos acumulados son significativos), sino por la internalización de la amenaza que genera el sistema.

3. Colombia: evidencia casuística de las asimetrías en acción

El tercer capítulo aportó la evidencia empírica más contundente, a partir del análisis de los principales laudos ISDS contra Colombia, incluyendo el caso Telefónica (USD 380 millones) como el más emblemático. El caso Telefónica es paradigmático: la Corte Constitucional colombiana emitió la Sentencia C555 de 2013 interpretando autónomamente la Constitución, pero un tribunal CIADI consideró que esa decisión violaba el trato justo y equitativo del TBI Colombia-España. El laudo condenó al Estado al pago de USD 380 millones, generando una crisis política que culminó en la Directiva Presidencial N° 05 de 2025. Este caso evidencia un

fenómeno de “parálisis judicial” (judicial chill): los jueces constitucionales podrían abstenerse de ejercer legítimamente sus funciones de control por temor a exponer al Estado a responsabilidad internacional. La asimetría aquí es doble: los árbitros internacionales revisan el fondo de decisiones judiciales nacionales, y lo hacen bajo estándares sustantivos (FET) que no forman parte del derecho constitucional doméstico.

A su vez, respecto al caso del Páramo de Santurbán, Colombia obtuvo la absolución en dos de los tres arbitrajes (Montauk y Red Eagle), lo que podría interpretarse como un reconocimiento del derecho estatal a regular en materia ambiental. Sin embargo, el laudo Eco Oro encontró violación del estándar mínimo de tratamiento debido a la demora en la delimitación del páramo, una demora justificada por falta de recursos pero que el tribunal consideró afectación de expectativas legítimas. La lección es ambivalente: por un lado, los tribunales aceptan excepciones ambientales cuando están explícitamente previstas en el tratado (Anexo 811 del TLC Canadá-Colombia); por otro lado, la ausencia de una exención similar para el estándar FET dejó expuesta a Colombia.

La Corte Constitucional intentó recuperar margen de maniobra mediante la declaración de exequibilidad condicionada del TBI Colombia-Francia, imponiendo interpretaciones restrictivas del FET y de las expectativas legítimas. Sin embargo, el objetivo no se logró plenamente: se aumentó la incertidumbre sin resolver la tensión estructural. La Directiva Presidencial N° 05, por su parte, representa un giro abrupto que prohíbe someter disputas al CIADI. Si bien responde a legítimas preocupaciones sobre la soberanía, su adopción mediante un instrumento administrativo unilateral —sin debate legislativo ni construcción de consensos— genera problemas de legitimidad y durabilidad. Además, la directiva confunde el arbitraje

comercial (que debería preservarse) con el arbitraje de inversiones (que debe reformarse), y establece una prohibición absoluta en lugar de una evaluación caso por caso.

En síntesis, el caso colombiano confirma que las asimetrías de la arquitectura del sistema no son meramente teóricas: generan condenas multimillonarias, tensiones institucionales entre poderes del Estado, y respuestas políticas erráticas que pueden terminar erosionando la certidumbre jurídica que el propio sistema decía proteger.

4. El denominador común: pérdida de soberanía regulatoria y fenómenos de chill

Comparando las experiencias de México y Colombia, emerge un denominador común: el sistema ISDS produce una pérdida efectiva de soberanía regulatoria que opera en dos niveles.

a) Regulatory chill (parálisis regulatoria preventiva). En ambos países, los funcionarios públicos, desde autoridades ambientales hasta legisladores, han internalizado la amenaza de potenciales demandas arbitrales. El temor a enfrentar laudos multimillonarios y costos de defensa disuade la adopción de regulaciones legítimas en materia ambiental (México: caso Metalclad; Colombia: Santurbán), fiscal (México: casos de IVA; Colombia: caso Glencore), o de reorganización judicial (México: reforma judicial de 2024-2025; Colombia: tensiones con la Corte Constitucional). Este fenómeno es particularmente perverso porque opera sin necesidad de que se inicie un arbitraje: la mera existencia del mecanismo ya condiciona las decisiones estatales.

b) Judicial chill (parálisis judicial). El caso Telefónica evidencia un riesgo adicional: los jueces constitucionales podrían moderar sus interpretaciones para no exponer al Estado a responsabilidad internacional. Si bien no hay evidencia concluyente de que esto ya haya ocurrido en Colombia, la advertencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-252, que señala que 9 de 11 reclamaciones arbitrales se basaban en sentencias de la propia Corte, muestra que el riesgo

es real. La asimetría aquí es institucional: mientras los árbitros internacionales no rinden cuentas ante el orden constitucional doméstico, los jueces nacionales sí deben hacerlo, puesto que sus decisiones pueden ser revisadas por aquellos.

5. Evaluación crítica de las respuestas institucionales

Tanto México como Colombia han adoptado respuestas institucionales frente a las asimetrías del ISDS, pero con orientaciones divergentes y resultados mixtos.

México ha optado por la continuidad y la adaptación táctica. No ha denunciado tratados ni ha modificado su red de TBI, a pesar de ser el país más demandado del mundo. La estrategia parece ser la de fortalecer la capacidad de defensa jurídica (a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado) y participar en la renegociación del TMEC (prevista para 2026) buscando mantener el sistema ISDS restringido, así como se logró en 2020. Esta postura tiene la ventaja de preservar la certidumbre jurídica para los inversionistas, pero el costo es la perpetuación de las asimetrías y la exposición continua a demandas.

Colombia ha optado por un viraje más radical con la Directiva Presidencial N° 05 de 2025, que prohíbe someter disputas al CIADI. Esta decisión, aunque responde a legítimas preocupaciones sobre la soberanía, presenta problemas significativos: (i) se adoptó mediante un instrumento administrativo unilateral, sin debate legislativo ni construcción de consensos; (ii) confunde el arbitraje comercial con el de inversiones; (iii) establece una prohibición absoluta que impide evaluaciones caso por caso; (iv) no modifica las obligaciones internacionales derivadas de los TBI existentes, generando un escenario de incertidumbre jurídica. En la práctica, la directiva podría terminar siendo contraproducente, al enviar una señal negativa a los inversionistas sin resolver realmente las asimetrías.

Ninguna de las dos respuestas parece plenamente satisfactoria. México continúa dentro de un sistema que lo condiciona, mientras Colombia arriesga una salida abrupta que podría generar costos reputacionales y jurídicos. La lección es que ni la aceptación acrítica ni el retiro unilateral resuelven el problema de fondo: las asimetrías de forma del ISDS son un problema de diseño del régimen global, no solo de decisiones nacionales.

6. Recomendaciones para una política de estado equilibrada

a) Reorientar el enfoque hacia la renegociación de tratados, no hacia el retiro unilateral.

En lugar de denunciar tratados o prohibir el CIADI mediante directivas ejecutivas, los Estados deberían negociar activamente la modificación de sus TBI existentes, incorporando: (i) exclusiones explícitas para medidas regulatorias de interés público (ii) restricciones a la interpretación expansiva del FET, acotando las “expectativas legítimas” a actos específicos y reiterados del Estado; (iii) limitaciones al uso de la cláusula de nación más favorecida para importar estándares de otros tratados; (iv) disposiciones sobre responsabilidad de inversionistas (derechos humanos, laborales, ambientales); y (v) mecanismos para evitar el abuso del proceso arbitral.

b) Fortalecer la capacidad de defensa legal del Estado. Los costos de defensa en arbitrajes ISDS son un factor estructural que limita la capacidad de los Estados en desarrollo. Se requiere: (i) crear unidades especializadas en derecho internacional de inversiones dentro de las agencias de defensa jurídica (como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en Colombia o la consultoría jurídica de la Secretaría de Economía en México); (ii) desarrollar bases de datos de jurisprudencia arbitral y buenas prácticas de defensa; (iii) establecer protocolos de coordinación interinstitucional para la gestión de disputas; y (iv) promover la cooperación para compartir experiencias y estrategias.

c) Participar activamente en los debates globales de reforma del ISDS. El sistema ISDS no se reformará desde acciones unilaterales, sino desde procesos multilaterales. Colombia y México deberían participar activamente en: (i) el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (UNCITRAL en inglés) sobre reforma del ISDS; (ii) la negociación de un tribunal multilateral de inversiones (Investment Court System); (iii) el desarrollo de un marco global sobre conducta empresarial responsable en materia de derechos humanos y ambiente.

d) Diferenciar claramente entre arbitraje comercial y arbitraje de inversiones. La Directiva colombiana N° 05 comete el error de mezclar ambos institutos. El arbitraje comercial internacional entre partes privadas es un mecanismo eficaz, neutral y ampliamente aceptado que debería preservarse y fortalecerse. El problema se concentra en el arbitraje inversionista-Estado (ISDS), donde las asimetrías son estructurales. Las políticas de reforma deben apuntar específicamente al ISDS, sin afectar el arbitraje comercial.

e) Adoptar instrumentos con legitimidad democrática y estabilidad. Los cambios fundamentales en la política de arbitraje del Estado deben ser objeto de debate y aprobación legislativa, no de directivas ejecutivas unilaterales. Una ley de la República, construida con consensos entre el ejecutivo, el legislativo, la academia y el sector privado, ofrece mayor legitimidad y durabilidad que un instrumento administrativo que una futura administración puede revertir con la misma facilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Allende, M. (2025). *US CEOs warn Mexico reform may risk investment, urge ISDS return*.

Mexico Business News.

Andreotti, N. (2025). The Colombian Santurbán Páramo saga and its contribution to the development of international investment law and arbitration. *Arbitration International*, 41(2), 401–415. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiae044>

Arato, J. (2019). The private law critique of international investment law. *The American Journal of International Law*, 113(1), 1–53.

Arcuri, A. (2021). The great asymmetry and the rule of law in international investment arbitration. En *The rule of law in economic thought*. Oxford University Press.

Ariza & Marín. (2023). *Regulating in the public interest: ISDS, Colombia, and its woes in protecting the environment*. Ariza & Marín Legal Insights.

Bedrosyan, A. (2018). The asymmetrical forkinthelroad clause in the USMCA: Helpful and unique. *Wolters Kluwer Arbitration Blog*.

Behboodi, R., et al. (2025). *Colombia's response to unfavourable investment arbitration: Renegotiate the bilateral investment treaty*. Borden Ladner Gervais LLP / Lexology.

Berger, A., Bjorklund, A., & Chi, M. (2025). Justice and the global investment regime. En A. Berger, C. Brandi, & E. Kollar (Eds.), *Justice in global economic governance: Normative and empirical perspectives on promoting fairer globalisation* (pp. 21–31). Edinburgh University Press.

Beysulen Angin, B. (2025). The right to regulate vs investment protection: Unveiling the causes of imbalance and the limits of current reform efforts in international investment law. *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 40(1), 11–41.

Bowen, G. A. (2009). *Document analysis as a qualitative research method*. *Qualitative Research Journal*, 9(2), 27–40. doi:10.3316/QRJ0902027

Byrne, W. H., & Olsen, H. P. (2024). *Doctrinal legal science: A science of its own?* *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 37(2), 343–367.

Carlos, A. (2014). Mexico “under siege”: Drug cartels or U.S. imperialism? *Latin American Perspectives*, 41(2), 43–59.

Chambers and Partners. (2025). *Investor–state arbitration 2025: Mexico law and practice*.

Colombia's experiences with international investment arbitration: Context, cases, treaties. (2025). *Glocalism: Journal of Culture, Politics and Innovation*. Milano University Press.
<https://doi.org/10.54103/gjcpi.2025.23402>

Cotula, L., & Perrone, N. M. (2024). Seeing Santurbán through ISDS: A sociolegal case study of *Eco Oro v. Colombia*. *Leiden Journal of International Law*, 37(4), 1–24.
<https://doi.org/10.1017/S092215652400010X>

Della Porta, D. (2008). *Comparative analysis: Case oriented versus variable oriented research*. En D. della Porta y M. Keating (Eds.), *Approaches and methodologies in the social sciences: A pluralist perspective* (pp. 198–222). Cambridge University Press.
doi:10.1017/CBO9780511801938.012

- De Witte, B. (2022). *Legal methods for the study of EU institutional practice*. *European Constitutional Law Review*, 18(4), 637–656. doi:10.1017/S157401962200044X
- Dodge, W. S. (2001). *Metalclad Corporation v. Mexico*. *The American Journal of International Law*, 95(4), 910–919.
- Frank, S. D. (2009). Development and outcomes of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Journal*, 50(2), 435–489.
- Hazzaa, H., & Elrifai, S. N. (2015). Egypt's ban on public interest litigation in government contracts: A case study of "judicial chill". *Stanford Journal of International Law*, 51(2), 147–182.
- Hutchinson, T., & Duncan, N. (2012). *Defining and describing what we do: Doctrinal legal research*. *Deakin Law Review*, 17(1), 83–119. doi:10.21153/dlr2012vol17no1art70
- Khalid Adnan, K. (2024). *Montauk Metals v Colombia: An award with entangled reasoning?* *Cambridge International Law Journal*.
- Miles, K. (2009). Revisiting history: How the past matters for the present backlash against the foreign investment regime. *Harvard International Law Journal*, 50(2), 491–534.
- Mills, A. (2014). The balancing (and unbalancing?) of interests in international investment law and arbitration. En Z. Douglas, J. Pauwelyn, & J. E. Viñuales (Eds.), *The foundations of international investment law: Bringing theory into practice* (pp. 436–465). Oxford University Press.
- Olivet, C., & Pérez-Rocha, M. (2024). *Radiografía del poder transnacional: El régimen de protección de inversiones y sus consecuencias*. Transnational Institute e Institute for Policy Studies.

Peña Valenzuela, D. (2025). Presidential Directive No. 05 of 2025: A step backward for legal certainty in state and investment arbitration in Colombia. *Chambers and Partners*.

Petrova Georgieva, V. (2020). Towards a new model of bilateral investment treaty for Mexico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 53(158), 863–894.

Poulsen, L. N. S. (2014). Bounded rationality and the diffusion of modern investment treaties. *International Studies Quarterly*, 58(1), 1–14.

República de Colombia. (2025). *Directiva Presidencial N.º 05 de 2025*.

Republic of Colombia. (2025). *Recent developments – Exhibit 1*.

Smits, J. M. (2017). *What is legal doctrine? On the aims and methods of legal dogmatic research*. En R. van Gestel, H. W. Micklitz y E. L. Rubin (Eds.), *Rethinking legal scholarship: A transatlantic dialogue* (pp. 207–228). Cambridge University Press.

doi:10.1017/9781316442906.006

Suárez Ricaurte, F. (2019). Judgment C252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of precedent on the control of BITs. *Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development*.

Theil, S. (2025). *Carefully tailored: Doctrinal methods and empirical contributions*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 45(4), 1047–1075. doi:10.1093/ojls/gqaf029

Transnational Institute. (2015). *International investment agreements under scrutiny: Bilateral investment treaties, EU investment policy and international development*.

Van Hoecke, M. (2015). *Methodology of comparative legal research*. *Law and Method*, 1–35. doi:10.5553/REM/.000010

LAUDOS Y SENTENCIAS

Alicia Grace and Others v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/18/4, Award, 19 August 2024.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Award on Damages, 15 July 2024.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021.

First Majestic Silver Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/19/4.

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019.

Lion Mexico Consolidated L.P. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/15/2.

L1bre Holding, S.A.P.I. de C.V. v. United Mexican States.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

Montauk Metals Inc. (formerly Galway Gold Inc.) v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/21/19.

Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/12, Award, 28 February 2024.

South32 SA Investments Limited v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/20/12.

Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/3, Award, 12 November 2024.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.