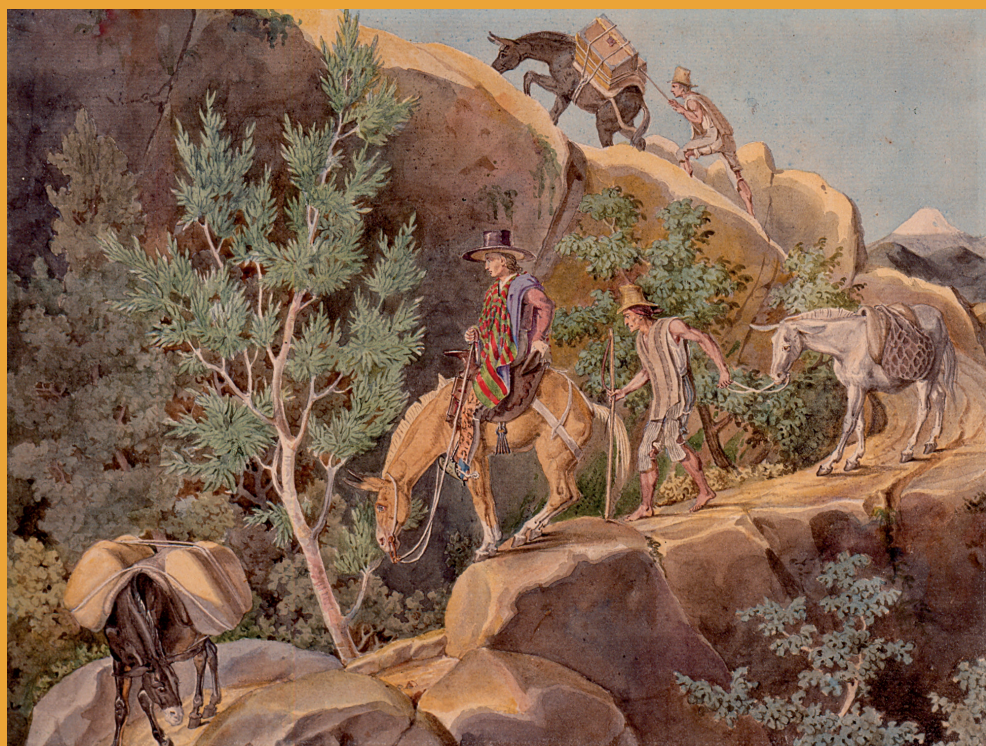


Control constitucional del derecho de inversiones

René Urueña

(coordinador académico)



CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE INVERSIONES

Control constitucional del derecho de inversiones

René Uruña
(coordinador académico)

Nombres: Urueña Hernández, René Fernando, coordinador académico.

Título: Control constitucional del derecho de inversiones / René Urueña (coordinador académico)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | VIII, 448 páginas ; 17 x 24 cm.

Identificadores: ISBN 9789587984910 (rústica) | 9789587984934 (e-book) | 9789587984927 (epub)

Materias: Control de constitucionalidad | Derecho económico internacional | Arbitraje internacional

Clasificación: CDD 341.752-dc23

SBUA

Primera edición: agosto del 2023

- © René Fernando Urueña Hernández, coordinador académico
© José Gustavo Prieto Muñoz, Ana María Garcés Escobar, Mario R. Osorio Hernández, María Angélica Prada-Uribe, Alejandra Valencia Gärtner, Laura Catalina Cárdenas Rodríguez, Juan Pablo Pontón-Serra, Enrique Prieto-Ríos, Laura María Amorcho Rojas, Rafael Tamayo-Álvarez, Rafael Rincón Ordóñez, José Antonio Rivas, María Fernanda Estrada, María Lucía Casas A., Mariana Reyes Múnera, Alejandro Linares Cantillo, Nicolás Parra González
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-491-0

ISBN e-book: 978-958-798-493-4

ISBN epub: 978-958-798-492-7

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.579>

Corrección de estilo: Camilo Sierra

Diagramación interior y de cubierta:

Angélica Ramos Vargas

Imagen de cubierta: Imagen perteneciente a la Colección de Arte del Banco de la República de Colombia. *La montagne du Sargent, entre la ville*

de Honda et Guaduás (La montaña del Sargento, entre la ciudad de Honda y Guaduas), de François Désiré Roulin (1823). Acuarela sobre papel, 20,3 x 26,7 cm.

Sobre la imagen de cubierta: François Désiré Roulin (1796-1874) fue un naturalista e ilustrador francés que visitó Colombia entre 1823 y 1828. La ilustración de Roulin muestra el difícil tránsito del comercio y la inversión entre la Costa Atlántica y el centro del país. Después de meses de transporte a bordo de champanes en el río Magdalena, los comerciantes llevaban las mercancías sobre el lomo de mulas desde Honda hasta Santafé, siguiendo por tres o cuatro días el Camino Real o Camino Nacional de Honda, con un ancho de calzada en piedra entre 1,5 y 2,5 metros. El Camino tenía paradas en Guaduas y Villeta, un paso reflejado por Roulin hace 200 años, que continúa siendo hoy en día un cuello de botella para el enlace entre el centro del país y la Costa Caribe (René Urueña, con base en Gonzalo Duque-Escobar, "Río Magdalena: historia y derechos bioculturales del territorio", intervención en la tercera sesión de la séptima Cátedra de Historia Regional de Manizales y Caldas, "Manuel Mejía Jaramillo", Cultura y Territorio 2022; disponible en <https://godues.webs.com/>).

Impresión:

Editorial Nomos S. A.

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 208 6500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Control constitucional del derecho de inversiones
en el espacio jurídico interamericano

René Uruña 1

PRIMERA PARTE

**¿Cómo comenzar a pensar la interacción entre el control
constitucional y el derecho internacional de inversiones?** 25

1. El poder de las cortes constitucionales en el derecho
internacional de inversiones: tres escenarios conceptuales
José Gustavo Prieto Muñoz 27

2. Restableciendo el equilibrio en el derecho y la política
internacional de las inversiones: el caso colombiano
Ana María Garcés Escobar y Mario R. Osorio Hernández 61

3. Hacia un estándar estricto de control constitucional
del arbitraje de inversión
René Uruña y María Angélica Prada-Urbe 119

SEGUNDA PARTE

**Control constitucional, poderes presidenciales y división de
poderes en el desarrollo del derecho de protección de inversiones** 175

4. El control de constitucionalidad de los acuerdos de protección
recíproca de inversiones frente a las facultades de la Rama
Ejecutiva para dirigir las relaciones internacionales
Alejandra Valencia Gärtner 177

5. El principio constitucional de reciprocidad frente al
Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
*Laura Catalina Cárdenas Rodríguez, Juan Pablo Pontón-Serra
y Enrique Prieto-Ríos* 205

6. El principio de igualdad constitucional y los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado	235
<i>Laura María Amorcho Rojas</i>	

TERCERA PARTE

Control constitucional y la redefinición de estándares internacionales de protección de inversiones	265
--	-----

7. Análisis comparado de la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión	267
<i>Rafael Tamayo-Álvarez</i>	

8. El divorcio entre las fuentes del derecho internacional y la Corte Constitucional: una crítica a la Sentencia C-252 del 2019	313
<i>Rafael Rincón Ordóñez</i>	

9. ¿Las exigencias interpretativas de la Corte Constitucional sobre trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida tienen sentido en derecho internacional de las inversiones?	353
<i>José Antonio Rivas, María Fernanda Estrada, María Lucía Casas A. y Mariana Reyes Múnera</i>	

EPÍLOGO

¿Respuesta leve a un contexto convulsionado o un regreso a Calvo? Los retos que plantea la Sentencia C-252 del 2019	411
<i>Alejandro Linares Cantillo y Nicolás Parra González</i>	

SOBRE LOS AUTORES	443
--------------------------	-----

Control constitucional del derecho de inversiones en el espacio jurídico interamericano*

René Urueña

El régimen internacional de arbitraje de inversión¹ ha sido objeto, en la última década, de una fuerte crítica tanto por parte de los Estados como de la academia, por los efectos que las decisiones de los laudos arbitrales tienen en el poder regulador de los Estados; es decir, en su capacidad de emitir normas y promover políticas públicas que buscan alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos, entre ellos la protección de los derechos humanos y el medio ambiente². En particular, el cuestionamiento del arbitraje de inversión se ha dado en el lenguaje de los derechos humanos, por lo que más recientemente ha surgido una amplia literatura que estudia la relación y la forma de armonización del derecho internacional de la inversión extranjera con las obligaciones de los Estados bajo el régimen internacional de los derechos humanos³.

Sin embargo, hasta el momento, la mayoría de trabajos se han limitado a estudiar la interacción en el ámbito de las obligaciones de derecho internacional y son pocos los que se han preguntado por la relación que existe

* Para citar este texto: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.580>

¹ Al hablar del sistema o régimen internacional de arbitraje de inversión me refiero a la combinación de normas consuetudinarias, tratados internacionales y decisiones arbitrales que, en su conjunto, forman un ordenamiento internacional de protección de la inversión extranjera.

² Stephan W. Schill, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, *Journal of International Dispute Settlement* 3, n.º 3 (2012): 577-607.

³ Véase en general las contribuciones en el libro Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

con el derecho nacional, en especial con el derecho constitucional de los Estados parte⁴. La necesidad de incluir la escala constitucional en el estudio de los impactos del régimen de inversión en la protección de los derechos humanos es particularmente importante en el espacio jurídico latinoamericano⁵, el cual se caracteriza por una larga tradición de diálogo entre cortes nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En este sentido, el presente capítulo introduce en su primera parte el concepto de *espacio jurídico latinoamericano* y desarrolla en dos ejes la idea de la interacción entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional de inversiones como un punto de contacto clave: primero, como una teoría normativa de pesos relativos (sección dos) y, segundo, como una teoría de subsidiariedad (sección tercera). Finalmente, la última sección concluye presentando el contenido de las contribuciones a este volumen y las posibles líneas futuras de investigación.

¿QUÉ ES EL ESPACIO JURÍDICO LATINOAMERICANO?

El espacio jurídico latinoamericano es un complejo regulatorio en el cual interactúan los regímenes internacionales de arbitraje de inversión y derechos humanos, junto con los sistemas constitucionales de los Estados latinoamericanos⁶. Se trata de un espacio en el que las instituciones son dinámicas, ya que cambian y se adaptan a sus interacciones, y los tribunales

⁴ Para conocer algunos aportes a este debate, véase Ernst-Ulrich Petersmann, “Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration”, en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (Oxford: Oxford University Press, 2009); Stephan W. Schill, ed., *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

⁵ En este sentido, el presente volumen desarrolla la propuesta de entender la relación entre el derecho internacional de la inversión extranjera y el derecho internacional de los derechos humanos dentro del *espacio jurídico latinoamericano* como una interacción entre sistemas, en vez de una colisión o contradicción. Véase René Urueña, “Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, editado por Armin Von Bogdandy *et al.* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018).

⁶ Esta descripción del espacio jurídico está basada en René Urueña, “Hacia un espacio jurídico latinoamericano: el diálogo internacional judicial en la protección de los derechos humanos en América Latina”, en *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos humanos fundamentales*, editado por José Martín y Pérez de Nanclares (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2019), 419-445; y en Urueña, “Después de la fragmentación”.

de arbitramento de inversión, los órganos del SIDH y las cortes nacionales (en especial las cortes constitucionales) “entran como actores en un espacio donde regulación ya está siendo adoptada, discutida, implementada y rechazada”⁷. La interacción crea un complejo regulatorio⁸ que combina arbitraje de inversión y el derecho constitucional, en el que las normas y las instituciones no aparecen en el vacío, sino que son el producto de la interacción entre regímenes y forman parte de un espacio jurídico latinoamericano cambiante en el cual interactúan.

Este enfoque proporciona la base para una conceptualización diferente del supuesto “conflicto” entre el derecho de protección de inversiones y el derecho constitucional. La relación entre estos dos regímenes puede entenderse mejor si la unidad analítica es el espacio jurídico donde tiene lugar la interacción entre las instituciones. En este espacio, las instituciones son dinámicas, ya que cambian y se adaptan a sus interacciones. Las normas constitucionales y del derecho de protección de inversiones no entran en un vacío regulatorio. Ya existe un ecosistema de instituciones y actores en el cual tanto los tribunales nacionales como el derecho de protección de inversiones interactúan. Las cortes nacionales y los tribunales de inversión entran como actores en un espacio donde la regulación ya está siendo adoptada, discutida, implementada y rechazada. Por supuesto, a medida que pasa el tiempo y la interacción continúa, el tribunal constitucional o el tribunal económico puede convertirse en un actor preponderante en cierto campo regulatorio (por ejemplo, los proyectos de infraestructura). Sin embargo, esta preponderancia no agota completamente el espacio regulatorio: a pesar de que, en un momento dado, el derecho constitucional o el derecho de protección de inversiones tengan preponderancia sobre un tema en particular, esta preponderancia puede cambiar.

Ahora bien, ¿cuál es el valor agregado específico del pensamiento en términos de un *espacio* y no de un orden jerárquico o normas? La ventaja es que nos permite pensar menos en términos de jerarquía de normas y más en términos de un *espacio jurídico latinoamericano*. La idea de un *espacio jurídico* fue propuesta originalmente en derecho administrativo nacional, como una reacción a una lectura estrecha del proceso regulatorio, según la cual la

⁷ Urueña, “Después de la fragmentación”, 68.

⁸ Sobre complejos regulatorios, véanse Karen J. Alter y Sophie Meunier, “The Politics of International Regime Complexity”, *Perspectives on Politics* 7, n.º 1 (2009): 13-24; Robert O. Keohane y David G. Victor, “The Regime Complex for Climate Change”, *Perspectives on Politics* 9, n.º 1 (2011): 7-23; Kal Raustiala y David G. Victor, “The Regime Complex for Plant Genetic Resources”, *International Organization* 58, n.º 2 (2004): 277-309.

regulación es exclusivamente el producto de un conflicto entre la autoridad pública y los intereses privados⁹. En contra de este punto de vista, el proceso regulatorio puede ser mejor entendido como un *espacio* donde se hace posible explorar las “relaciones complejas y cambiantes entre y dentro de las organizaciones que están en el centro de la regulación económica”¹⁰. Desde esta perspectiva, la clave para entender qué es regulación es “comprender la naturaleza de este espacio compartido: las reglas de admisión, las relaciones entre los ocupantes y las variaciones introducidas por las diferencias entre los diferentes mercados y los diferentes temas”¹¹.

A pesar del potencial de ver la regulación en términos de espacio y no en términos de jerarquía y conflicto, la interacción de los regímenes ha sido en general ignorada en el derecho público nacional, que se ha centrado en el estudio de las agencias individuales y sus procedimientos. Recientemente, algunos académicos estadounidenses han explorado la interacción nacional¹², centrándose en la interacción y la coordinación interinstitucional como un problema de delegación legislativa superpuesta¹³. En contraste, el desafío de la interacción sí ha sido explorado en la gobernanza global¹⁴; así, algunos autores han visto las interacciones de regímenes globales como parte de un *espacio administrativo* global emergente, esto es, “un espacio distinto del espacio de relaciones interestatales regido por el derecho internacional y el espacio regulatorio interno regido por el derecho administrativo interno, que abarca elementos de cada uno”¹⁵.

La idea del *espacio jurídico* nos permite registrar las interacciones dinámicas entre las normas e instituciones nacionales e internacionales que caracterizan la gobernanza global, en particular la interacción entre derechos

⁹ Véase Leigh Hancher y Michael Moran, “Organizing Regulatory Space”, en *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, editado por Leigh Hancher y Michael Moran (Oxford: Clarendon Press, 1989), 271.

¹⁰ Hancher y Moran, “Organizing Regulatory Space”.

¹¹ *Ibid.*

¹² Keith Bradley, “The Design of Agency Interactions”. *Columbia Law Review* 111, n.º 4 (2011): 745-794; Jody Freeman y Jim Rossi, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”. *Harvard Law Review* 125, n.º 25 (2012): 1131.

¹³ Jacob E. Gersen, “Overlapping and Underlapping Jurisdiction in Administrative Law”. *The Supreme Court Review* 2006, n.º 1 (2006): 201-247.

¹⁴ Véase Sebastian Oberthür y Thomas Gehring, “Institutional Interaction: Ten Years of Scholarly Development”, en *Managing Institutional Complexity: Regime Interplay and Global Environmental Change*, editado por Sebastian Oberthür y Olav Schram Stokke (Cambridge: MIT Press, 2011), 25-58.

¹⁵ Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart y Niko Krisch, “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems* 68, (2005): 15-61.

humanos y arbitraje de inversión, más allá de la idea del *conflicto*. La noción de *conflicto* se centra en eventos individuales que ocurren en determinados momentos del tiempo; por el contrario, la idea de un *espacio jurídico* nos ayuda a pensar de manera más productiva el proceso de interacción.

Para comprender la ventaja que metodológicamente nos ofrece la idea del espacio jurídico a la hora de entender de manera dinámica la interacción entre derechos humanos y arbitraje de inversión, sugiero que hagamos un experimento mental¹⁶. Imaginemos por un minuto que las normas y las instituciones existen en el espacio regulatorio de la misma forma en la que los planetas y otras grandes masas existen en el espacio físico real. Por supuesto, podemos pensar en cada planeta de manera independiente. A menudo lo hacemos, y tal es nuestra práctica habitual; sin embargo, muchas de las realidades que afectan nuestra vida cotidiana no son solo el producto de cada planeta independiente, sino que ocurren en función de otros planetas y masas en el espacio. Por ejemplo, pensemos en las estaciones o en las mareas: la Tierra gira de un modo y no de otro, en cierto ángulo y no en el otro, no solo por los acontecimientos que ocurren en la Tierra, sino más bien por el equilibrio relativo de las fuerzas gravitacionales que la rodean y, por supuesto, por su propia masa y fuerza gravitacional.

Esto es solo una imagen. Mi argumento no es que el espacio regulatorio global sea un espacio real con fuerzas reales¹⁷; sin embargo, la imagen es útil para ilustrar el tipo de dinámica desencadenada por la interacción institucional en el espacio regulatorio que quiero describir, así como la utilidad de la idea del constitucionalismo transformador para pensar la relación entre arbitraje de inversión y derechos humanos. Las normas y las instituciones internacionales parecen tener una “masa” que ejerce cierta atracción hacia ellas: en ese sentido, es posible pensar en la atracción que ejercen las normas internacionales en términos similares. Cada norma atrae hacia ella lo que está alrededor: ejerce una especie de “atracción gravitacional” que atrae a

¹⁶ Este experimento mental está basado en René Urueña, “Temporariness and Change in Global Governance”, en *Netherlands Yearbook of International Law* 2014, editado por Mónica Ambrus y Ramses A. Wessel (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2015): 29.

¹⁷ Véase Donald T. Hornstein, “Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law”. *Duke Law Journal* 54, n.º 4 (2005): 913-960. La imagen de la arquitectura jurídica internacional como “universo” con “planetas” ha sido explorada anteriormente en Bruno Simma y Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”. *European Journal of International Law* 17, n.º 3 (2006): 483-529. Sin embargo, su argumento es una intervención en el debate sobre la fragmentación y propone una narración de múltiples regímenes autónomos que existen en el mismo momento del tiempo y chocan unos contra otros, que difiere de la visión propuesta aquí.

otras normas e instituciones. La situación de las normas y las instituciones en el espacio regulatorio global es, por lo tanto, el resultado de un equilibrio relativo de todas las “fuerzas gravitacionales” ejercidas por todas y cada una de las normas del espacio regulatorio global.

Así, el derecho de inversiones cuenta con un conjunto especializado de normas, una arquitectura institucional distintiva (incluidos los tribunales), una comunidad epistémica distintiva y una lógica particular. Estas características particulares implican que el régimen de inversiones ejerce una “atracción” propia; en consecuencia, otras normas e instituciones se verán atraídas al régimen de inversiones. Evidentemente, esta atracción se ha sentido por el derecho constitucional nacional, así como por los regímenes internacionales de derechos humanos, las normas ambientales, el derecho internacional de los conflictos armados¹⁸, entre otros. Estos regímenes se han visto influenciados por la existencia misma del régimen de inversión internacional: en su interacción con estos últimos, se han transformado el derecho constitucional nacional, los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho de los conflictos armados. Una vez más, el punto aquí no es la fragmentación, sino más bien que el régimen de inversiones tiene un peso en el espacio regulador y que tal peso atrae hacia él otras normas e instituciones. El régimen de inversiones, por su parte, también se deja afectar por esta dinámica: su enfoque de las normas de derechos humanos, por ejemplo, puede cambiar con el tiempo a medida que la interacción continúa, en particular bajo la forma siempre cambiante del estándar justo y equitativo¹⁹.

Pensar en la relación entre el arbitraje de inversión y el derecho constitucional nacional en estos términos nos permite dar cuenta de la interacción entre los regímenes cuando se producen colisiones (esto es, cuando hay *conflicto*), pero también cuando no. La literatura jurídica que toma la fragmentación como su punto de partida parece estar sesgada hacia los eventos de conflicto; esto es, cuando dos normas ofrecen soluciones conflictivas a casos similares o cuando dos instituciones chocan al ejercer sus poderes²⁰.

¹⁸ Gleider I. Hernández, “The Interaction between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses”, en *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, editado por Freya Baetens (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

¹⁹ Pierre-Marie Dupuy, “Unification Rather than Fragmentation of International Law?: The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (Oxford: Oxford University Press, 2009): 45-62.

²⁰ Por ejemplo: Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

La aproximación tradicional, partiendo de la fragmentación, supone que el principio es el aislamiento y que la excepción es la interacción, la cual desencadena la colisión y la incoherencia. Este sesgo es comprensible, ya que los casos de colisión son más claros y parecen más importantes políticamente. Sin embargo, la idea de espacio nos permite ver que lo contrario es cierto: las normas están siempre en interacción entre sí. Si bien las colisiones existen, estas nos dicen poco sobre el funcionamiento cotidiano del espacio jurídico latinoamericano.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE INVERSIONES COMO ESPACIO PARA LA APLICACIÓN DE UNA TEORÍA NORMATIVA DE PESOS RELATIVOS

A pesar de su utilidad, pensar en términos de *espacio jurídico* plantea un desafío normativo importante, ya que corre el riesgo de perpetuar el *statu quo*²¹. La idea de la “atracción” que ejerce el derecho de inversiones o el derecho de los derechos humanos es en realidad descriptiva; no obstante, esa aproximación no proporciona el vocabulario para una crítica de las razones detrás de una “atracción” tan poderosa o un estándar normativo para discutir si el hecho de que un régimen tenga tanto “peso” es apropiado o no.

Específicamente, el principal reto es la cuestión de la *visión en túnel*²². Cada norma que actúa en el espacio jurídico tiene un mandato particular o existe para regular un cierto ámbito de la política o el mercado global —por ejemplo, un régimen especializado internacional como el derecho de inversiones o el derecho de los derechos humanos—. Es decir, solo se ocupan de unas cuestiones específicas y no necesariamente de preocupaciones más amplias de la sociedad. Así, usar la interacción como unidad analítica arriesga perder de vista una narrativa general de una “buena” sociedad. Cada una de estas normas (el derecho de los derechos humanos, por ejemplo, o el régimen de protección de inversiones) puede hablar en términos del “bien común”; sin embargo, cuando estas normas e instituciones “atraen” hacia sí

²¹ Esta descripción de los problemas normativos está basada en Urueña, “Después de la fragmentación”.

²² Sobre la *visión en túnel*, véase Gunther Teubner y Peter Korth, “Two Kind of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society”, en *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, editado por Margaret Young (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 23-54.

otras normas, estas se aferran a su propio sesgo estructural²³, dejando que el bien común sea resuelto por la competencia entre normas e instituciones en el espacio regulatorio global.

En este contexto aparece la importancia del control constitucional nacional del derecho internacional de inversiones. El juez constitucional nacional debe desarrollar un criterio normativo para definir qué tanto peso relativo se le debe reconocer a cada régimen internacional en el espacio de jurisdicción del respectivo juez; por ejemplo, es allí donde la Corte Constitucional colombiana decide cómo se debe ponderar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de inversiones, ambos vinculantes para Colombia, en el derecho colombiano. Así, el juez constitucional se vuelve un juez clave en el espacio jurídico interamericano, pues él o ella es quien introduce un criterio normativo para establecer el peso relativo que se le debe reconocer a cada régimen internacional que ejerce su fuerza atracción.

No se trata, entonces, de una discusión sobre conflictos y jerarquía normativa que se agota con la simple hegemonía de un régimen sobre otro. Corresponde al control constitucional nacional desarrollar herramientas para comenzar a pensar el grado de peso que se le debe reconocer, por ejemplo, al régimen de derechos humanos o a las normas de protección de inversiones, en cada caso concreto. Así, en contra de la idea de que el régimen de derechos humanos siempre debe “primar”, el control constitucional nacional debe dar criterios dinámicos para justificar, normativamente, cuál es el “peso” apropiado que debe ser otorgado a un cierto régimen en un contexto en particular.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE INVERSIONES Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: LA VISIÓN PRIVADA Y LA VISIÓN PÚBLICA

La segunda función del control constitucional del derecho de inversiones en el espacio jurídico interamericano hace referencia a la asignación vertical de autoridad²⁴, esto es, a la pregunta de si el poder de toma de decisiones

²³ Sobre el sesgo estructural, véase Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2.^a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 600.

²⁴ Esta discusión del principio de subsidiariedad se extrae de René Urueña, “Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration”. *Law and Contemporary Problems* 79, n.º 2 (2016): 99-121.

debiera mantenerse en el nivel internacional o, por el contrario, moverse al nivel nacional.

Como es sabido, el régimen de inversiones implica un doble proceso de asignación vertical de la autoridad sobre el eje nacional/internacional. En primer lugar, el marco jurídico de los tratados de protección de inversiones amplía el poder de decisión del tribunal de arbitraje de inversiones, otorgando a una autoridad internacional (los árbitros) el poder de revisar normas nacionales, con base en los criterios establecidos en el tratado. Sin embargo, una vez su jurisdicción se establece, el tribunal de arbitraje evalúa la persuasión relativa de la norma nacional y determina si el poder de decisión debe permanecer en el plano internacional (si considera que la decisión interna no es convincente) o si la autoridad puede ser delegada hacia el nivel nacional (si considera que la decisión interna sí es persuasiva). En este sentido, el arbitraje de inversiones es un régimen de gobernanza con una asignación vertical de autoridad que es, a la vez, estable y constante. Aunque una asignación formal de autoridad otorga a la jurisdicción del tribunal de arbitraje una decisión interna, la misma asignación formal de poder permite la transferencia de autoridad a lo largo de la escala vertical.

La cuestión de subsidiariedad tiene dos dimensiones. Por una parte, se da el análisis de arriba hacia abajo y, en segundo lugar, se presenta el análisis de abajo hacia arriba —en este último contexto el control de constitucionalidad nacional se vuelve fundamentalmente importante—. Veamos cada una de ellas.

Subsidiariedad de arriba hacia abajo

En primer lugar, el principio de subsidiariedad puede contemplarse desde la perspectiva de la corte internacional en referencia a las cortes nacionales. En este sentido, la pregunta clave es la deferencia del tribunal de inversión respecto a las decisiones de las autoridades nacionales: ¿deberían los tribunales de inversión internacionales respetar las decisiones de las autoridades nacionales? Esta discusión es catalogada por los especialistas en arbitraje de inversiones como un problema del *estándar de revisión* (*standard of review*), el cual hace referencia al nivel de escrutinio que un árbitro aplica al revisar la decisión de un tribunal inferior o de otra institución²⁵.

²⁵ William W. Burke-White y Andreas von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties". *Virginia Journal of International Law* 48 (2008): 307.

El derecho de inversión extranjera no ha adoptado un estándar de revisión específico²⁶. Sin embargo, en general, el criterio de revisión es sumamente estricto, es decir, los tribunales internacionales son poco deferentes a las instituciones nacionales. Esta asignación de poder al tribunal internacional (y no al nivel nacional) se explica usualmente como un resultado del riesgo político asumido por el inversionista, en el sentido de que, a medida que el costo de retirar la inversión se hace más alto (por ejemplo, cuando se incrementan los costos hundidos), el riesgo de que la negociación original se vuelva obsoleta para el Estado anfitrión también aumenta²⁷. Entre más pasa el tiempo, más aumenta el riesgo para el inversionista de que el Estado huésped se comporte de manera oportunista; por lo tanto, el inversor debe cubrir ese riesgo político.

Una forma de cubrir ese riesgo es mediante un sistema de solución de disputas que sea independiente. Los tribunales nacionales, sin embargo, pueden percibirse como poco fiables para juzgar estas reclamaciones, ya que pueden depender de las autoridades del Estado anfitrión involucrado en la disputa. Desde esta perspectiva, se hace necesario darle poder a una institución internacional (un tribunal de arbitraje internacional, por ejemplo) para que se pronuncie sobre tales reclamaciones.

Al mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional, este modelo sugiere, las disputas de inversión se despolitizan. La toma de decisiones a nivel nacional sobre las controversias que involucran a un Estado anfitrión y las inversiones importantes está sujeta a presiones políticas; no obstante, sostienen quienes defienden esta visión, el objetivo de los tratados bilaterales de inversión es “aislar la inversión privada de políticas públicas extranjeras o domésticas impulsadas políticamente —en efecto, despolitizar

²⁶ Véase Caroline Henckels, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”. *Journal of International Economic Law* 15, n.º 1 (2012): 223-255; Caroline Henckels, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”. *Journal of International Dispute Settlement* 4, n.º 1 (2013): 197-215.

²⁷ Este es el llamado *obsolescing bargain model* (OBM), que justifica gran parte de la arquitectura del arbitraje de inversión. Véase Raymond Vernon, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises* (Nueva York: Basic Books, 1971). Sobre el papel fundamental que este modelo cumplió en el diseño inicial del régimen de inversiones, véase José E. Álvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment* (La Haya: Hague Academy of International Law, 2011), 277. Para una crítica del modelo, véase Lorraine Eden, Stefanie Lenway y Douglas A. Schuler, “From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model”, en *International Business and Government Relations in the 21st Century*, editado por Robert Grosse (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 251-272.

los temas relacionados con la inversión, ubicando la protección de la inversión privada bajo un régimen jurídico apolítico”²⁸.

Así, este modelo proporciona una justificación para asignar la autoridad al nivel internacional basada exclusivamente en preocupaciones privadas: mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional es una forma de resolver el riesgo político de los inversionistas privados. Los Estados anfitriones pueden decidir aceptar esta negociación por múltiples razones (atraer la inversión extranjera²⁹, reducir el costo del capital³⁰ o, en el caso de los países menos adelantados, asegurar una ventaja competitiva sobre otros países con una situación similar³¹). Independientemente de la razón de la aceptación, la realidad es que la preocupación dominante en un tratado de inversión bilateral es el interés privado del inversor. Los laudos arbitrales en los casos de gas argentino (*CMS*³², *Enron*³³ y *Sempra*³⁴) son un buen ejemplo de un exigente estándar de revisión, al evaluar decisiones nacionales, derivado de esta lógica privada³⁵.

Subsidiariedad de abajo hacia arriba

La mayor parte de la literatura se ha enfocado en la aproximación descrita de la subsidiariedad. Sin embargo, el control constitucional del derecho internacional de inversiones nos lleva a considerar una segunda dimensión

²⁸ Kenneth J. Vandewelde, “Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITS”. *International Tax & Business Lawyer* 11 (1993), 160.

²⁹ Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, y Beth Simmons, “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000”. *University of Illinois Law Review* 265 (2008): 277.

³⁰ Alan O. Sykes, “Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy”. *The Journal of Legal Studies* 34, n.º 2 (2005): 632.

³¹ Andrew T. Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* 38 (1998): 639.

³² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, caso ICSID n.º ARB/01/8, award, 12 de mayo del 2005, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

³³ *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, caso ICSID n.º ARB/01/3, award, 12 de mayo del 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.

³⁴ *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, caso ICSID n.º ARB/02/16, award, 28 de septiembre del 2007, <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

³⁵ Henckels sostiene que los laudos *CMS*, *Enron* y *Sempra* “son bien conocidos por su escrutinio riguroso de las medidas de emergencia de Argentina” (traducción propia). Henckels, “Balancing Investment Protection and the Public Interest” (“Balancing Investment Protection” 203).

de este principio, menos contemplada en la literatura: la subsidiariedad vista desde la perspectiva de la corte nacional en referencia a las cortes internacionales³⁶.

Así, un primer ámbito en el que las cortes constitucionales impactan el régimen de inversión internacional es a través del control de constitucionalidad del derecho convencional en el que se basa el sistema³⁷. En Colombia, el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política le otorga a la Corte Constitucional la competencia para ejercer un control integral, previo y automático sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias. Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha reiterado que sus decisiones de control previo de constitucionalidad en el caso de tratados comerciales y de inversión constituyen una cosa juzgada *prima facie*, es decir, para la Corte estas decisiones no resuelven todos los asuntos con relevancia constitucional que pueden surgir de la ratificación de los tratados de inversión, en especial en lo que respecta a la implementación de los tratados. Según ha dispuesto el tribunal:

las futuras ejecuciones legislativas y administrativas del instrumento internacional deben ser conformes con la Constitución. En efecto, es usual que ciertas disposiciones consagradas en tratados internacionales tengan carácter, en términos de la doctrina americana y seguida por la europea, de normas *non-self-executing*, esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado requieran del correspondiente desarrollo normativo, a diferencia de aquellas que son *self-executing* o autoejecutables. Así pues, aquellas disposiciones con rango legal o reglamentario que permitan la debida ejecución interna de un tratado internacional de libre comercio deberán ser sometidas a los correspondientes controles judiciales³⁸.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional ejerce sobre los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias tiene seis características:

³⁶ Esta discusión de la subsidiariedad de abajo hacia arriba está basada en René Uruña, “Subsidiarity and the Public-Private Distinction”.

³⁷ Juan Camilo Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 697. Dentro de los países que cuentan con un control constitucional de los tratados se encuentran: Costa Rica (art. 10.b. de la Constitución Política), Bolivia (art. 202.9. Constitución Política del Estado), Ecuador (art. 438.1 de la Constitución), Perú (art. 200 de la Constitución Política) y Chile (art. 93.1 de la Constitución Política).

³⁸ C. Const., Sent. C-608, agos. 3/2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

(i) *es previo* al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación de la ley en el Congreso y a su sanción gubernamental; (ii) *es automático*, en cuanto la ley aprobatoria debe ser remitida por el Presidente de la República a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes al acto de sanción; (iii) *es habilitante*, dado que constituye un requisito sine qua non para que el Estado colombiano se obligue internacionalmente frente al respectivo tratado; (iv) *es preventivo*, pues su objetivo es detectar de forma anticipada a la vigencia del tratado, los eventuales quebrantamientos que se presenten frente a la preceptiva superior; (v) el mismo tiene fuerza de *cosa juzgada constitucional*; y, finalmente, (vi) *es integral*, en la medida en que le corresponde a la Corte examinar tanto los aspectos formales como materiales de la ley y del tratado, confrontándolos con la integridad del texto constitucional y demás normas que hagan parte del mismo ordenamiento Superior [énfasis en el original]³⁹.

Ahora bien, cuando la Corte Constitucional ha encontrado una contradicción entre el texto del tratado y la Constitución Política, ha tomado dos caminos diferentes para resolver el conflicto⁴⁰. Por un lado, ha declarado la inconstitucionalidad de la provisión y le ha ordenado al presidente que, al ratificar el tratado, no manifieste el consentimiento sobre esa provisión específica. Este fue el caso de las decisiones sobre control de constitucionalidad de los tratados de inversión con el Reino Unido, Perú y España, en las que se declararon la inconstitucionalidad de las cláusulas de los tratados que prohibían la expropiación sin compensación⁴¹, ya que el artículo 58 de la Constitución Política autorizaba la expropiación sin indemnización por razones de equidad⁴². Estos tratados nunca entraron en vigor debido a que los otros países contratantes no aceptaron la modificación solicitada por la Corte a la cláusula de expropiación; por esa razón, en 1999 el Congreso

³⁹ C. Const., Sent. C-286, may. 13/2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁰ Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 701.

⁴¹ Véase C. Const., Sent. C-358, agos. 14/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo (sentencia del APPRI Colombia-Reino Unido); Sent. C-008, ene. 23/1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero (sentencia del APPRI Colombia-Perú); y Sent. C-494, sept. 15/1998, M.P. Hernando Herrera Vergara (sentencia del APPRI Colombia-España).

⁴² Texto eliminado del artículo 58 de la Constitución Política: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

aprobó una modificación al artículo 58 de la Constitución Política para eliminar la figura de la expropiación sin indemnización por razones de equidad⁴³.

Por otro lado, la Corte ha establecido la constitucionalidad condicionada de algunas provisiones que contradicen la Constitución Política, autorizando al presidente a ratificar el tratado, en el entendido de que sea interpretado en consonancia con la declaración de constitucionalidad condicionada dada en la respectiva sentencia⁴⁴. Por ejemplo, en la Sentencia C-358 de 1996, la Corte estableció que el artículo 4.º del acuerdo entre Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña, por el que se promueven y protegen las inversiones, el cual contenía los principios de trato nacional y nación más favorecida, “quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros”⁴⁵.

El problema de esta segunda aproximación es que no tiene ningún efecto ante un tribunal de arbitraje si esa decisión no se manifiesta en el tratado a través de una nota interpretativa, una enmienda, un protocolo adicional o cualquier otra forma aceptada por el derecho internacional público⁴⁶. En efecto, en la sentencia, la Corte solo indica que

De acuerdo con lo advertido en la parte motiva de esta providencia, las cláusulas de tratamiento nacional y de la Nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros. Solo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado en obligarse por el Tratado⁴⁷.

Así, no da una orden clara con respecto a la necesidad de modificar el contenido del tratado mediante un mecanismo de derecho internacional público.

En sentencias posteriores, la Corte Constitucional ha reiterado la constitucionalidad de las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida en el entendido de que estas “no tiene porqué excluir la posibilidad, derivada del artículo 100 de la Constitución Política, de que, por razones de orden público, la ley subordine a condiciones especiales o incluso niegue el

⁴³ Acto Legislativo 1.º de 1999.

⁴⁴ Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 703.

⁴⁵ C. Const., Sent. C-358 de 1996.

⁴⁶ Véase Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 703, nota al pie 155.

⁴⁷ C. Const., Sent. C-358 de 1996.

ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”⁴⁸. Además, en algunas de estas, como es el caso de la sentencia sobre el acuerdo de inversión entre Colombia y China⁴⁹, la Corte no solo no da una orden concreta al respecto, sino que, además, no hace ninguna mención sobre la constitucionalidad condicionada en el “resuelve” de la sentencia. Como explicaremos, para que la jurisprudencia constitucional pueda generar un diálogo con el régimen de inversión es fundamental que la Corte ordene de manera expresa una modificación del tratado.

De igual forma, el arbitraje internacional de inversiones puede ser objeto de una revisión por parte de cortes nacionales. Así, también implica un ejercicio de autoridad de “abajo hacia arriba”, en el que las cortes nacionales también pueden ser competentes para decidir si los laudos de arbitraje de inversiones (es decir, las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de inversiones) deben ser objeto de revisión judicial nacional. En Colombia ya se permite el uso extraordinario de la acción de tutela contra laudos arbitrales. La Corte ha señalado en diversas ocasiones que “los laudos arbitrales se equiparan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela. En efecto, este mecanismo constitucional es procedente contra laudos arbitrales siempre que con ellos se vulneren, amenacen o afecten los derechos fundamentales de las partes o de terceros”⁵⁰. Si bien hasta el momento no existe un laudo de arbitraje de inversión que haya sido objeto de una acción de tutela, esta posibilidad pareciera estar abierta, ya que bajo el art. 54 de la Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los laudos de arbitraje de inversión deben tratarse como “una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado” y en Colombia las sentencias de los tribunales nacionales (excepto las de tutela) pueden cuestionarse por medio de la acción de tutela. Aquí, la pregunta es entonces: ¿deberían los tribunales nacionales ser deferentes ante las decisiones de los tribunales internacionales de inversión?

En estos dos escenarios (el control abstracto y por vía de tutela) el control constitucional del derecho internacional de inversiones se vuelve fundamental, pues pone de presente un criterio normativo respecto a la asignación vertical de autoridad: si esta debe recaer en la autoridad internacional o en la autoridad nacional.

⁴⁸ C. Const., Sent. C-199, mar. 14/2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ C. Const., Sent. T-055, feb. 3/2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

En términos generales, el control constitucional nacional puede adoptar una aproximación de derecho público al arbitraje de inversión, que favorecerá la asignación de la autoridad a nivel nacional. Por el contrario, el control constitucional nacional que adopte una mentalidad de derecho privado del arbitraje de inversión favorecerá la asignación de autoridad a nivel internacional, como hemos visto, y preferirá un criterio deferente para los tribunales nacionales que controlen el derecho internacional de inversiones.

De esta manera, cuando un tribunal nacional considera que una disputa de inversión es una controversia principalmente privada, ese tribunal nacional será más deferente hacia la decisión de los tribunales internacionales de inversión. Así ocurrió en la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *BG Group PLC contra la República Argentina*⁵¹. BG, una empresa de inversión británica, había entrado en el sector del gas en Argentina y se vio afectada por la crisis financiera y las medidas de emergencia del Gobierno argentino

BG presentó una reclamación contra Argentina en virtud del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y el Reino Unido. El tratado exigía que el inversor presentara primero la reclamación ante un tribunal de Argentina durante al menos dieciocho meses; sin embargo, BG se saltó a los tribunales argentinos y sometió su disputa directamente a un tribunal arbitral de inversiones. BG lo hizo porque Argentina había emitido un decreto que suspendía la ejecución de las sentencias definitivas de sus tribunales en las demandas derivadas de las nuevas medidas económicas. Además, Argentina se había comprometido a renegociar ciertos contratos de servicios (como el del gas), pero había prohibido dicha renegociación a las empresas que litigaran contra Argentina. El tribunal arbitral de inversiones, con sede en Washington, decidió que los cambios introducidos por Argentina en su sistema judicial excusaban al inversor de agotar la condición previa al arbitraje y concedió a BG más de 185 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios⁵².

Ambas partes presentaron peticiones de revisión ante la Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia: BG Group exigió el reconocimiento y la ejecución del laudo (que se adoptó en virtud de las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), y Argentina solicitó la anulación del laudo. El argumento de Argentina era que el requisito de los dieciocho meses era una condición

⁵¹ *BG Grp. PLC. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, final award, 24 de diciembre del 2007, <http://www.ita.law.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>.

⁵² *Ibid.*, 444.

para su consentimiento al arbitraje. Como BG no había cumplido con el requisito, no había consentimiento para el arbitraje, el tribunal arbitral carecía de jurisdicción y los laudos debían anularse. La Corte de Distrito denegó las reclamaciones de Argentina y confirmó el laudo, pero el Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el Distrito de Columbia revocó esa decisión. La cuestión que se planteó ante la Corte Suprema de Estados Unidos fue, pues, si un tribunal estadounidense debía revisar la interpretación de los árbitros *de novo* o con la deferencia que los tribunales suelen conceder a las decisiones arbitrales.

La Corte Suprema enmarcó la cuestión como un asunto de arbitraje comercial estándar. Para la Corte, “como cuestión general, un tratado es un contrato, aunque entre naciones”⁵³ y, partiendo de esa mentalidad, se remitió a la decisión del tribunal internacional. En este enfoque contractual, el requisito de los dieciocho meses no podía leerse como una condición para el consentimiento de Argentina, sino como un mero requisito de procedimiento. En consecuencia, el tribunal de inversión era competente, y la Corte Suprema adoptó un criterio deferente hacia su decisión, anulando la decisión de la Corte de Apelación de mantener el laudo de inversión. En este caso, el encuadre privado de la cuestión condujo a la asignación de autoridad al nivel internacional, descartando la asignación de autoridad a nivel nacional —esto es, negando la jurisdicción de la corte nacional de revisar el derecho internacional de inversiones—.

En contraste, la aproximación pública al arbitraje de inversión puede vislumbrarse en el debate en torno a la decisión del BG Group, tanto en el voto disidente de Roberts, al que se unió el juez Kennedy, como en el *amicus curiae* del procurador general. En su opinión disidente, el juez Roberts rechazó el marco de arbitraje comercial adoptado por la mayoría de la Corte y subrayó el hecho de que un tratado no es un contrato, sino un acuerdo entre dos naciones soberanas⁵⁴. La opinión disidente subraya claramente la dimensión pública del litigio; para Roberts, “no es una cuestión insignificante que una nación soberana se someta a una demanda de particulares; no suponemos que ningún país —incluido el nuestro— dé ese paso a la ligera”⁵⁵. Como resultado, la opinión disidente devolvería el laudo al tribunal inferior para que realizara una revisión *de novo* del laudo⁵⁶.

⁵³ *Ibid.*, 1208.

⁵⁴ *Ibid.*, 1215, opinión disidente del juez Roberts.

⁵⁵ *Ibid.*, 1219.

⁵⁶ *Ibid.*, 1224.

LA SENTENCIA C-252 DEL 2019 Y EL CONTENIDO DEL VOLUMEN

La visión pública sobre el arbitraje de inversión apunta a un criterio menos deferente de revisión del laudo internacional y a una preferencia por una asignación vertical de la autoridad a nivel nacional. Esa es la visión del voto disidente de Roberts en *BG vs. Argentina*, y esa es la visión que inspira como un todo a la Sentencia C-252 del 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido). En esa sentencia, que hizo el estudio previo de constitucionalidad del tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Francia, la Corte enmarcó el derecho internacional de inversiones como un verdadero ejercicio de poder público que merece un escrutinio constitucional más estricto que aquel que venía haciéndose en Colombia. Adicionalmente, la Corte avanzó en entender el derecho de inversiones como una verdadera red de estándares jurídicos compuesta tanto por el texto de los tratados de inversión como por la interpretación que de estos han hecho los tribunales de inversión, los cuales deberían considerarse al momento de hacer el control de constitucionalidad. Y, como si todo esto fuera poco, la Corte decidió que la asignación de autoridad en el eje vertical debía residir en el juez constitucional nacional y, por lo tanto, reclamó para sí la autoridad de redefinir ciertos estándares internacionales del derecho de inversiones para efectos de su aplicación en Colombia, por ejemplo, las expectativas legítimas en el marco del trato justo y equitativo. La Corte Constitucional colombiana, sin embargo, no llegó a desarrollar un criterio normativo de pesos relativos, en los términos señalados, asumiendo (equivocadamente, en mi criterio) que no hay conflicto alguno entre el derecho de inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho ambiental.

En todo caso, los importantes cambios que sí adoptó la Corte han generado un enorme debate en Colombia y en la región, parte del cual inició en el marco de la audiencia pública que la Corte Constitucional convocó en el 2018 para escuchar diversas aproximaciones al tema, y que continúa en los capítulos en este libro⁵⁷. El volumen se compone de tres partes. La primera

⁵⁷ Véanse Rafael Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty”. *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 471-478; Catharine Titi, “Control constitucional y derecho internacional de inversiones a través de cuatro sentencias constitucionales en Colombia, Ecuador, y la Unión Europea”. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* (2020). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569510; Juan Miguel Álvarez Contreras, “¿Son inconstitucionales las declaraciones interpretativas de los acuerdos internacionales de inversión de Colombia con Francia e Israel?”, *Blog de Derecho de los Negocios* (blog), 23 de octubre del 2020, <https://derne>

parte del libro desarrolla el repertorio conceptual para comenzar a pensar la interacción entre el control constitucional y el derecho internacional de inversiones. Así, José Gustavo Prieto Muñoz argumenta que no es solo la decisión sobre la compatibilidad o no de un tratado específico con la Constitución, sino la estrategia empleada para resolver conflictos del derecho de inversión y la Constitución lo que determina el poder de una Corte en el desarrollo futuro del derecho internacional de inversiones.

Por su parte, Ana María Garcés Escobar y Mario R. Osorio Hernández sugieren que los esfuerzos recientes de algunos países para retirarse del régimen internacional de inversiones se enmarcan en un movimiento que no solo está revirtiendo la tendencia global de internacionalizar la política de los Estados frente a las multinacionales, sino que lentamente está poniéndole fin a las desigualdades hacia inversionistas nacionales, que surgen del derecho y la política internacional de las inversiones.

En la última contribución de esta primera parte, René Urueña y María Angélica Prada proponen que la Corte Constitucional colombiana debe modificar su estándar de control de constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje inversión, pasando de un estándar de revisión leve a uno más estricto; una dirección hacia la cual la Corte ya se ha comenzado a mover por medio de la Sentencia C-252 del 2019, pero que implica otros pasos adicionales que la jurisdicción constitucional aún no ha tomado.

A partir de esa base conceptual, la segunda parte del libro discute la relación entre el control constitucional y la división de poderes en el desarrollo del derecho de protección de inversiones. Allí, Alejandra Valencia Gärtner presenta, en primer lugar, una lectura detallada de la aproximación de la Corte Constitucional adoptada en la Sentencia C-252 del 2019, dilucidando la incidencia que la adopción de un control de constitucionalidad amplio, basado en criterios de finalidad, efectos prácticos y prevención, puede tener sobre la facultad del presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales, sobre las relaciones comerciales internacionales de Colombia y sobre la agenda de modernización de estos acuerdos, trazada

gocios.uexternado.edu.co/son-inconstitucionales-las-declaraciones-interpretativas-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion-de-colombia-con-francia-e-israel/; Juan P. Pontón-Serra y Enrique Prieto-Ríos, “Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control constitucional”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 23, n.º 1 (2021): 163-190; Jose Gustavo Prieto Muñoz, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, n.º 2021-07 (2021). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3800038

por el Ejecutivo. En segundo lugar, Laura Catalina Cárdenas Rodríguez, Juan Pablo Pontón-Serra y Enrique Prieto-Ríos discuten la relevancia del Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el control constitucional en Colombia de los acuerdos internacionales de inversión suscritos con sus Estados miembros. Y, finalmente, Laura María Amorochó Rojas analiza la conexión entre arbitraje de inversión y derecho a la igualdad, enfatizando en su impacto en los poderes del Ejecutivo de celebrar tratados que den posibles beneficios a inversionistas extranjeros, los cuales no son reconocidos a inversionistas nacionales.

La tercera parte del libro se concentra en la innovadora (y, como se verá, para algunos cuestionable) decisión de la Corte Constitucional de dar contenidos a algunos estándares de derecho internacional de inversiones desde la perspectiva del control constitucional colombiano —como se observó, una decisión que muestra la importancia y los desafíos del control constitucional en términos de subsidiariedad vista de abajo hacia arriba—. Al respecto, Rafael Tamayo-Álvarez hace en su capítulo un análisis comparado de la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión. Por su parte, Rafael Rincón Ordóñez sugiere que existe un divorcio entre las fuentes del derecho internacional y la Corte Constitucional, en particular respecto a la exequibilidad condicionada de las protecciones relativas al trato justo y equitativo, por una parte, y a la protección y seguridad plenas, por otra. En complemento, José Antonio Rivas, María Fernanda Estrada, María Lucía Casas A. y Mariana Reyes Múnera examinan si las exigencias interpretativas de la Corte Constitucional sobre trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida tienen sentido en derecho internacional de las inversiones.

Este volumen cierra con un epílogo del magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien salvó su voto en el fallo analizado, escrito en conjunto con Nicolás Parra González. Linares y Parra argumentan que, si bien la decisión de la Corte buscó hacer un pronunciamiento dirigido a que el derecho constitucional colombiano ganara mayor relevancia y autoridad en el régimen de inversiones, a fin de proteger los valores transformadores de la Constitución de 1991 frente a posibles interpretaciones o aplicaciones inconstitucionales de algunas expresiones contenidas en el acuerdo, dicho objetivo no se logró plenamente. Por el contrario, según los autores, se habría aumentado la incertidumbre frente a una posible declaratoria de responsabilidad del Estado basada en interpretaciones amplias de los acuerdos de inversión, al tiempo que se habría retrocedido en el propósito de lograr una coordinación multinivel entre los tribunales internacionales de inversión y las altas cortes colombianas.

En su conjunto, estas contribuciones dan un variado prisma de lecturas sobre las diversas dimensiones del control constitucional del derecho internacional de inversiones. Como se verá, los capítulos reflejan diferentes visiones sobre algunos temas comunes, los cuales están en tensión entre sí. Es esta la riqueza en el debate que hace particularmente valiosa a la Sentencia C-252 del 2019, la cual generó el espacio y un punto obligado de referencia para comenzar a pensar esa nueva línea de disputa política, jurídica e ideológica que representa el control constitucional nacional del derecho internacional de inversiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alter, Karen J. y Sophie Meunier. “The Politics of International Regime Complexity”. *Perspectives on Politics* 7, n.º 1 (2009): 13-24.
- Álvarez, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. La Haya: Hague Academy of International Law, 2011.
- Álvarez Contreras, Juan Miguel. “¿Son inconstitucionales las declaraciones interpretativas de los acuerdos internacionales de inversión de Colombia con Francia e Israel?”. *Blog de Derecho de los Negocios* (blog), 23 de octubre del 2020. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/son-inconstitucionales-las-declaraciones-interpretativas-de-los-acuerdos-internacionales-de-inversion-de-colombia-con-francia-e-israel/>
- BG Grp. PLC. v. Argentine Republic*. UNCITRAL, final award, 24 de diciembre del 2007, <http://www.ita.law.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>.
- Bradley, Keith. “The Design of Agency Interactions”. *Columbia Law Review* 111, n.º 4 (2011): 745-794.
- Burke-White, William W. y Andreas von Staden. “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* 48 (2008). https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/146/
- CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*. Caso ICSID n.º ARB/01/8, award, 12 de mayo del 2005. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-008, 23 de enero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-199, 14 de marzo del 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C-286, 13 de mayo del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
 - Sentencia C-494, 15 de septiembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
 - Sentencia C-608, 3 de agosto del 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.
 - Sentencia T-055, 3 de febrero del 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Dupuy, Pierre-Marie. “Unification Rather than Fragmentation of International Law?: The Case of International Investment Law and Human Rights Law”. En *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, y Ernst-Ulrich Petersmann, 45-62. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Dupuy, Pierre-Marie, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, eds. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Eden, Lorraine, Stefanie Lenway y Douglas A. Schuler. “From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model”. En *International Business and Government Relations in the 21st Century*, editado por Robert Grosse, 251-272. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Elkins, Zachary, Andrew T. Guzman y Beth Simmons. “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000”. *University of Illinois Law Review* 265 (2008): 265-304.
- Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. Caso ICSID n.º ARB/01/3, award, 12 de mayo del 2007. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.
- Fandiño-Bravo, Juan Camilo. “LL.M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 667-745.
- Freeman, Jody y Jim Rossi. “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”. *Harvard Law Review* 125, n.º 25 (2012): 1131-1211.
- Gersen, Jacob. “Overlapping and Underlapping Jurisdiction in Administrative Law”. *The Supreme Court Review* n.º 1 (2006): 201-247.
- Guzman, Andrew T. “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* 38 (1998): 639-688.
- Hancher, Leigh y Michael Moran. “Organizing Regulatory Space”. En *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, editado por Leigh Hancher y Michael Moran, 271-299. Oxford: Clarendon Press, 1989.

- Henckels, Caroline. "Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration". *Journal of International Dispute Settlement* 4, n.º 1 (2013): 197-215.
- "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration". *Journal of International Economic Law* 15, n.º 1 (2012): 223-255.
- Hernández, Gleider. "The Interaction between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses". En *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, editado por Freya Baetens, 21-50. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Hornstein, Donald T. "Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law". *Duke Law Journal* 54, n.º 4 (2005): 913-960.
- Keohane, Robert O. y David G. Victor. "The Regime Complex for Climate Change". *Perspectives on Politics* 9, n.º 1 (2011): 7-23.
- Kingsbury, Benedict, Richard B. Stewart y Niko Krisch, "The Emergence of Global Administrative Law". *Law and Contemporary Problems* 68 (2005): 15-61.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. 2.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Oberthür, Sebastian y Thomas Gehring. "Institutional Interaction: Ten Years of Scholarly Development". En *Managing Institutional Complexity: Regime Interplay and Global Environmental Change*, editado por Sebastian Oberthür y Olav Schram Stokke, 25-58. Cambridge: MIT Press, 2011.
- Pauwelyn, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Pontón-Serra, Juan P. y Enrique Prieto-Ríos. "Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control constitucional". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 23, n.º 1 (2021): 163-190.
- Prieto Muñoz, Jose Gustavo. "Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence". *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, n.º 2021-07 (2021). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3800038
- Raustiala, Kal y David G. Victor. "The Regime Complex for Plant Genetic Resources". *International Organization* 58, n.º 2 (2004): 277-309.
- Schill, Stephan W. "Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review". *Journal of International Dispute Settlement* 3, n.º 3 (2012): 577-607.

- Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*. Caso ICSID n.º ARB/02/16, award, 28 de septiembre del 2007. <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.
- Simma, Bruno y Dirk Pulkowski. "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law* 17, n.º 3 (2006): 483-529.
- Sykes, Alan O. "Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy". *The Journal of Legal Studies* 34, n.º 2 (2005): 631-666.
- Tamayo-Álvarez, Rafael. "Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty". *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 471-478.
- Teubner, Gunther y Peter Korth. "Two Kind of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society". En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, editado por Margaret Young, 23-54. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Titi, Catharine. "Control constitucional y derecho internacional de inversiones a través de cuatro sentencias constitucionales en Colombia, Ecuador, y la Unión Europea". *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* (2020). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569510
- Urueña, René. "Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones". En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, editado por Armin Von Bogdandy et al., 39-84. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- "Hacia un espacio jurídico latinoamericano: el diálogo internacional judicial en la protección de los derechos humanos en América Latina". En *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos humanos fundamentales*, editado por José Martín y Pérez de Nanclares, 419-445. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2019.
- "Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration". *Law and Contemporary Problems* 79, n.º 2 (2016): 99-121.
- "Temporariness and Change in Global Governance". En *Netherlands Yearbook of International Law 2014*, editado por Mónika Ambrus y Ramses A. Wessel, 19-43. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2015.
- Vandeveldt, Kenneth. "Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITS". *International Tax & Business Lawyer* 11 (1993): 160-186
- Vernon, Raymond. *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*. Nueva York: Basic Books, 1971.

PRIMERA PARTE

**¿Cómo comenzar a pensar la interacción
entre el control constitucional y el derecho
internacional de inversiones?**

El poder de las cortes constitucionales en el derecho internacional de inversiones: tres escenarios conceptuales*

José Gustavo Prieto Muñoz

INTRODUCCIÓN

Cuando una corte constitucional —el término comprende adjudicadores nacionales y supranacionales— resuelve un conflicto normativo entre un acuerdo internacional de inversiones (AII) y una Constitución nacional, no solo decide sobre la compatibilidad o no del tratado con el derecho interno, sino también desarrolla un ejercicio de autodefinición de su papel en el espacio jurídico transnacional. En este sentido, las estrategias de una corte para resolver potenciales conflictos entre diversos AII y la Constitución nacional constituyen una declaración sobre su papel en el Estado de derecho (*rule of law*) de la comunidad internacional.

El presente capítulo argumenta que no solo es la decisión en sí sobre la compatibilidad o no de un tratado específico, sino la estrategia o método empleado para resolver conflictos entre AII y Constitución lo que determina el poder de una corte en el desarrollo futuro del derecho internacional de inversiones. Con este fin, se realiza un repaso conceptual por los tres

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.581>.

Agradezco a Stephan Schill, Catharine Titi, Silvia Steininger y Franz Ebert, por los comentarios efectuados al documento de trabajo "Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence", que fue una base para este capítulo, y que fue publicado en *International Investment Protection and Constitutional Law*, Edward Elgar (2022). De igual forma, mi gratitud al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de la ciudad de Heidelberg, Alemania, donde una parte de este manuscrito fue escrito. Este capítulo se terminó de escribir como parte de una beca de investigación (BOF.PDO.2020.0048.01) de la Universidad de Gante, Bélgica. También mi agradecimiento a René Urueña, por sus comentarios a la versión final de este texto.

tipos de estrategias de relación entre cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones: *alineamiento*, *coexistencia condicionada* y *escalada*.

Una característica de la oposición a los AII y al derecho internacional de inversiones, en general, es que esta resistencia se expresa en una clave de derecho constitucional¹. Por ejemplo, la crítica a nuevos y más ambiciosos AII a nivel global es la posible afectación de derechos fundamentales y no necesariamente su conveniencia económica o política. Esto implica que las cortes constitucionales han desplazado a otras funciones del Estado como el escenario donde se resuelven tensiones entre sectores sociales, en contra o a favor, de la celebración de nuevos AII. En la práctica, esto significa que cuando un AII llega a conocimiento de una corte, difícilmente puede aprobarlo sin ningún tipo de observación.

Si bien es cierto que la relación entre derecho internacional público y cortes nacionales ha sido ampliamente estudiada, en especial en áreas como la relación entre cortes nacionales y cortes regionales de derechos humanos, todavía existe un vacío en la literatura sobre cómo opera esta relación entre las cortes constitucionales y la adjudicación internacional de inversiones.

Dentro de este espectro, en este capítulo se argumenta que la coexistencia condicionada es aquella que otorga mayor poder a las cortes constitucionales sobre el contenido del derecho internacional de inversiones, siendo el medio más idóneo para proteger los valores o los mandatos transformadores contenidos en las constituciones latinoamericanas. Sin embargo, como se explicará, esta estrategia no está exenta de riesgos, ya que el incremento del poder por parte de la corte a nivel internacional significa una mayor tensión en la división de poderes interna, puesto que puede limitar en gran medida la potestad del Ejecutivo para dirigir las relaciones internacionales de un Estado. Adicionalmente, si las cortes abusan de esta estrategia, pueden afectar la capacidad de los Estados para negociar tratados de una manera eficaz.

El análisis se estructura de la siguiente forma. La segunda sección ofrece una explicación conceptual sobre las tres estrategias de relacionamiento entre cortes constitucionales y derecho internacional de inversiones. Las siguientes secciones exponen cada una de las tres estrategias que las cortes pueden tomar frente al derecho internacional de inversiones: alineamiento-constitucionalidad incondicional; escalada-inconstitucionalidad incondicional; y coexistencia-constitucionalidad condicionada.

¹ Stephan W. Schill, "Editorial: The Constitutional Frontiers of International Economic Law". *The Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 1 (2017): 1-8.

LAS CORTES CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES: TRES ESCENARIOS CONCEPTUALES

Este capítulo parte de la premisa de que un número cada vez mayor de cortes constitucionales alrededor del mundo se han convertido en las últimas décadas en una *fuera institucional*² para la protección de la institucionalidad (*rule of law*) de la comunidad internacional. Una característica documentada del nuevo papel de las cortes constitucionales es que estas son cada vez menos permisivas³ con las actuaciones de otras funciones del Estado⁴, como el Ejecutivo y el Legislativo, que tradicionalmente manejaban las relaciones internacionales de los Estados y redactaban los textos de tratados internacionales. En los tiempos actuales, incluso luego de muchos años de negociaciones de tratados entre dos Estados, las cortes constitucionales tienen la última palabra sobre la entrada en vigor y posterior vigencia de dichos tratados.

Un claro ejemplo de esta realidad en el contexto de AI es el Dictamen 1/17^[5] del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sobre la compatibilidad del acuerdo comercial entre la Unión Europea y Canadá (Acuerdo Económico y Comercial Global [CETA], 2016)⁶, donde el TJUE ha tenido un papel importante en la definición de las obligaciones contraídas por las partes contratantes. De forma parecida, en Colombia, la Corte Constitucional ha influido en la redacción final y la interpretación de tratados de inversiones. La Corte afirmó que tanto el tratado bilateral de inversión (TBI) Francia-Colombia como el capítulo de inversiones del tratado de libre comercio (TLC) Israel-Colombia eran constitucionales, siempre y cuando la interpretación de ciertos artículos sea compatible con la en la Constitución

² André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

³ Anthea Roberts, "Comparative International Law? The Role Of National Courts In Creating And Enforcing International Law". *International and Comparative Law Quarterly* 60, n.º 1 (2011): 57-92, <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/comparative-international-law-the-role-of-national-courts-in-creating-and-enforcing-international-law/EBDD043F6476998228443DC30E419B4A>.

⁴ Eyal Benvenisti, "Comments on the Systemic Vision of National Courts as part of an International Rule of Law". *Jerusalem Review of Legal Studies* 4, n.º 1 (2012): 42.

⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=18323640>

⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros, 30 de octubre del 2016.

colombiana⁷, como se explicará en la sección “Coexistencia: constitucionalidad condicionada” de este capítulo.

La importancia de las cortes constitucionales en el derecho internacional de inversiones se explica también por el actual proceso de reforma a la red de AI⁸, compuesta por más de dos mil tratados a nivel global. Una gran mayoría de esos tratados fueron negociados en la década de los noventa y han concluido el periodo inicialmente acordado de duración⁹. Esto ha ocasionado que sean o bien terminados o que se hayan negociado nuevos tratados para reemplazarlos. Este desarrollo de nuevos tratados coloca a las cortes constitucionales en la posición de evaluar, luego de varios años, la constitucionalidad de estas nuevas normas. Sin embargo, al mismo tiempo está exponiendo a las cortes constitucionales a una *dimensión transnacional legal*¹⁰, compuesta no solo por nuevos tratados, sino también por grupos sociales fuera del Estado que ejercen presión sobre la aceptación o no de los nuevos tratados. Estos grupos sociales externos están constituidos por una infinidad de actores, como compañías transnacionales, gremios profesionales, grupos de derechos humanos, ambientales, entre otros. Cada uno de estos grupos tiene una lectura diferente del valor de los AI en la economía global y usualmente manifiestan su oposición o respaldo a un AI en una clave constitucional que incluye la protección de valores democráticos o de derechos fundamentales específicos. Por lo tanto, cuando una Corte decide sobre la constitucionalidad de un AI inadvertida o conscientemente, define una postura frente a esta dimensión transnacional, ya sea de alineación, resistencia o búsqueda de un punto medio de convergencia.

Los últimos años, algunos autores en la literatura del derecho internacional y del derecho constitucional han manifestado un interés sobre la relación de las cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones¹¹, sin que exista hasta el momento una teoría universalmente aceptada. Sin embargo, existen varios trabajos que han estudiado la relación

7 C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M. P. Carlos Bernal Pulido, apartado 71.

8 United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), “IIA 2015 Issues Note N.º 1: Recent Trends in IIAs and ISDS”, 2015.

9 UNCTAD, “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, 2017, 2-6.

10 Vicki Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

11 Véase en especial el trabajo de René Urueña y María Angélica Prada-Urbe, “Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 2019-05 (2019), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331056>.

general entre cortes constitucionales y derecho transnacional o internacional, los cuales pueden servir como punto de partida o coordenadas de aproximación para el derecho internacional de inversiones.

Uno de los tratados más extensos en este sentido es el libro de Vicky Jackson *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, donde la autora desarrolla una taxonomía de las posturas generales de cortes frente a lo transnacional; así, esboza un espectro de tres posturas: resistencia (*resistance*), convergencia (*convergence*) e interacción (*engagement*). En el primer polo del espectro se encuentra una postura de *resistencia*, la cual implica, según Jackson, el uso más nacionalista del derecho constitucional. Esta estrategia es un entendimiento de la Constitución como el máximo reflejo del carácter de una nación, sus particularidades y el sentido de sí misma¹². Dentro de esta visión no existe espacio para aprender de experiencias externas.

En el polo opuesto de la resistencia se encuentra la *convergencia*, donde una corte constitucional proyecta un entendimiento de sí misma dentro de una visión más universalista del lugar del derecho constitucional y su necesidad de buscar una armonía casi total con el derecho internacional. Jackson explica alguna de las diversas justificaciones de esta postura universalista, entre ellas la necesidad de pertenecer a una comunidad internacional o la conveniencia de tener contrapesos adicionales al poder público¹³. Cualquiera que sea la justificación, una corte dentro de esta postura buscará una armonía con el derecho internacional. Un ejemplo notorio es la recepción de estándares internacionales de derechos humanos en el derecho constitucional nacional, ya sea a través de la reforma de textos constitucionales o mediante sentencias que fundamentan la inserción de fuentes adicionales para la protección de derechos humanos.

Finalmente, una postura media, que está mucho más cerca de la convergencia que de la resistencia, es la de *interacción*. Bajo este entendimiento, las cortes tienen una función menos universal y menos “sistémica” en la institucionalidad (*rule of law*) de la comunidad internacional. Sin embargo, las cortes tienen un autoentendimiento como actores transnacionales a través del cual pueden defender las particularidades domésticas puntuales dentro de un sistema internacional.

Varios ejemplos de *interacción* se pueden encontrar en el desarrollo del derecho comunitario europeo, en el que en más de una ocasión las cortes constitucionales de los países miembros de la Unión Europea han tomado

¹² Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. *The Yale Law Journal*, n.º 108 (1999): 1269.

¹³ Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, 39.

decisiones que han entrado en tensión con la jurisprudencia del TJUE, sin desconocer la autoridad de este último sobre la interpretación y la autonomía del derecho comunitario. Por ejemplo, en 1974, el Tribunal Constitucional alemán, en la llamada sentencia Solange I^[14], estableció una reserva donde, en caso de conflicto entre el derecho comunitario europeo y los derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana, la última debería prevalecer siempre que el derecho comunitario no posea un catálogo de derechos fundamentales comparable. El Tribunal alemán fue objeto de críticas, en especial por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas (que luego se convertiría en la Unión Europea), que revirtió su enfoque en 1986, en la sentencia Solange II^[15], donde afirmó que las circunstancias habían cambiado y abandonó las reservas anteriores.

Las tres posturas de Jackson tienen relación con otros trabajos en la literatura, en particular con el reporte publicado en el 2016 por el Grupo de Estudio de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) sobre la relación entre los tribunales nacionales y el derecho internacional¹⁶. En este reporte se distinguen distintos escenarios, que son denominados: evasión (*avoidance*), alineación (*alignment*) y contradicción (*contestation*). Estas categorías, como lo reconoce el reporte de la ILA, fueron inspiradas a su vez en el libro *Exit, voice, and loyalty*¹⁷ del economista Albert Hirschman. Este explora desde una perspectiva económica, social y política diversas alternativas de reacción de actores frente al deterioro o la insatisfacción con diferentes tipos de organizaciones.

De los trabajos expuestos se pueden tomar varios puntos para analizar. En el presente texto utilizo el trabajo de Jackson y parto de sus tres posturas frente a lo transnacional para analizar el contexto específico del derecho internacional de inversiones. Esta decisión, con el fin de usar uniformemente un vocabulario, se justifica porque el trabajo de Jackson es también el más amplio desarrollado sobre cortes constitucionales y no solo sobre cortes domésticas en general o actores económicos.

¹⁴ Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 37, 29 de mayo de 1974, caso Solange I, 271.

¹⁵ Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 73, 22 de octubre de 1986, caso Solange II.

¹⁶ International Law Association Study Group on Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law, "Final Report: Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law", Johannesburg Conference, 2016.

¹⁷ Albert Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge: Harvard University Press, 1970).

A partir de las posturas de Jackson, se puede determinar tres tipos de estrategias que las cortes constitucionales han tomado frente al derecho internacional de inversiones: (1) alineamiento-constitucionalidad incondicional; (2) escalada-inconstitucionalidad incondicional; y (3) coexistencia-constitucionalidad condicionada.

Alineamiento: constitucionalidad incondicional

El alineamiento incondicional parte de la postura de convergencia entre el derecho internacional y la Constitución doméstica. Conforme a lo expresado, existen muchos ejemplos de una convergencia expresa en el campo de derechos humanos, donde los textos de las constituciones o las cortes incorporan estándares de derecho internacional en derecho doméstico; sin embargo, este alineamiento puede producirse tácitamente como justo sucedió, por mucho tiempo, en el derecho internacional de inversiones. En este caso, no existe una declaración expresa de una corte sobre la necesidad de convergencia entre los estándares de protección contenidos en AII y el derecho doméstico, pero sí en la aprobación incondicional de su texto por parte de una corte o tribunal de un Estado.

Un ejemplo de alineamiento incondicional se puede encontrar en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. En algunas de sus sentencias de finales de los años noventa, la Sala Constitucional efectuó un control previo a la aprobación de IIA. En algunos casos, como en la Sentencia de 1999 del TBI Costa Rica-España, la Sala aprobó en su totalidad el texto del tratado, alineándose tácitamente con el derecho internacional de inversiones; no obstante, en otros casos, en especial en la Resolución n.º 01207-1999, sobre el TBI Canadá-Costa Rica, la Sala razonó un alineamiento expreso de la siguiente manera:

puede esta Sala apreciar que el convenio consultado [TBI Canadá-Costa Rica], en cuanto a sus normas sustantivas, no hace sino sistematizar diversos aspectos regulados en forma difusa en el ordenamiento jurídico costarricense. No introduce el convenio ninguna innovación de importancia en el ordenamiento vigente, e incluso declina de su normatividad supra legal al disponer que las reglas que establece deberán ser aplicadas dentro del marco de la normativa nacional aplicable, sin que la puesta en vigor del convenio signifique sustitución alguna, sino que impone simple relación de subsidiariedad: de no existir normas referentes a los aspectos regulados por el convenio, este será puesto en práctica; de existir, prevalecerá la normativa interna. En lo referente a las normas de remisión a las formas de solución de controversias

del derecho internacional, ellas no introducen ninguna novedad efectiva en el régimen de resolución de dichas disputas en el Sistema Internacional, sin que pueda esta Sala tampoco constatar que las competencias constitucionales propias del Poder Judicial estén de alguna forma siendo vulneradas¹⁸.

Bajo esta conceptualización de la Sala, el derecho internacional de inversiones es sustancial y procesalmente equiparable con el derecho interno, y es subsidiariamente aplicable al ordenamiento nacional. En esta línea, la Sala Constitucional costarricense ha aprobado tratados similares en los siguientes años.

Una de las razones para este alineamiento es que la propia Constitución de Costa Rica contiene cláusulas explícitas de reconocimiento del arbitraje como derecho fundamental, en especial el artículo 43, que prescribe: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”¹⁹. En el 2008, la Sala Constitucional, en su Resolución n.º 14831-2008, reconoció que el arbitraje de inversiones también debe entenderse como un derecho del inversionista, conforme al artículo 43 de la Constitución, siendo facultativo para el inversor extranjero el acudir a la justicia local o al arbitraje internacional²⁰. La Sala Constitucional inclusive aclaró que el Estado costarricense, al haber consentido al arbitraje en un tratado, no podría alegar restricción de su soberanía en caso de que un inversionista decida ejercer este derecho. La Corte expresó el siguiente razonamiento:

el hecho de que el Estado demandado tenga que defenderse en la vía que escoja el inversionista, no implica que esté renunciando a su soberanía, ni lo hace un mecanismo forzoso o inconstitucional en nuestro país. El Estado demandado al suscribir voluntariamente el Tratado, consiente previamente llegar a dirimir este tipo de controversias en un panel arbitral, lo cual ocurre igual en el mecanismo Estado-Estado, en el que el demandante es quien fija la vía donde se dirimirá una controversia (CAFTA vrs OMC), y no por ello

¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución n.º 01307-1999, 23 de febrero de 1999, apartado vi.

¹⁹ Constitución Política de Costa Rica de 1949

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución n.º 14831-2008, 3 de octubre del 2008, consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad sobre el Proyecto de Ley “Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá y Protocolo Bilateral entre la República de Costa Rica y la República de Panamá al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá”.

se entiende que se trate de un mecanismo forzoso para el demandado. En ambos mecanismos, existe una cláusula compromisoria previamente pactada a través de un acuerdo de voluntades entre Estados, que de ninguna manera puede entenderse de suscripción obligatoria, pues siempre queda la posibilidad de que Costa Rica rechace la aprobación del tratado si no está de acuerdo con dicha cláusula, ya sea en el ámbito legislativo por los representantes de la soberanía popular, o a través del referéndum, donde el pueblo tomará tal decisión²¹.

El alineamiento incondicional en el derecho internacional de inversiones puede explicarse por un desconocimiento inicial del alcance de las obligaciones contraídas en los primeros AII. Ha sido ampliamente documentado el TBI entre Alemania y Pakistán en 1959; sin embargo, el primer caso de arbitraje internacional de inversiones basado en un tratado fue el caso *APPI v. Sri Lanka*, en 1990^[22]; luego de este, más de mil casos de arbitraje internacional han sido registrados. Si se toma en cuenta que una gran cantidad de AII fueron negociados y aprobados en la década de los noventa, era muy difícil que una Corte pudiera prever las diferentes interpretaciones que se darían a los estándares de trato. No obstante, como demuestra el caso de Costa Rica, una Constitución puede también incluir cláusulas explícitas, como el artículo 43, que reducen la posibilidad de que un tratado en el futuro entre en conflicto con la Constitución, favoreciendo una postura de alineamiento incondicional con el derecho internacional de inversiones.

En cualquier caso, esta postura predeterminada frente al derecho internacional de inversiones parece cambiar luego de que el Estado anfitrión es demandado por un inversionista, casos que suelen tener un alto perfil mediático. Luego de que esto sucede, usualmente el caso por su dimensión trasciende al debate público. La razón para este proceso de aprendizaje de los Estados radica en que los casos permiten comprender que el arbitraje de inversiones representa un ejercicio de autoridad pública²³ por parte de un tribunal arbitral. Esto significa que un tribunal tiene la capacidad de evaluar la legalidad, a luz del tratado, de los actos de cualquiera de las funciones del Estado e imponer una consecuencia —el pago de una indemnización—.

²¹ *Ibid.*

²² *APPI v. Sri Lanka*, caso ICSID n.º ARB/87/3, final award, 27 de junio de 1990.

²³ Armin Bogdandy e Ingo Venzke, *In whose name? a public law theory of international adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 2014), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198717461.003.0002>

Escalada: inconstitucionalidad incondicional

Si una corte constitucional encuentra una tensión entre la Constitución doméstica y un AII, esta puede resolverlo escalando el conflicto y haciendo uso de la opción argumentativa más drástica que una corte posee: la reivindicación de la supremacía del texto constitucional sobre el derecho internacional. El efecto inmediato de una reivindicación de supremacía es poner fin a un proceso de negociación con un tercer Estado o, en caso de que el tratado ya esté en vigencia, implica iniciar el proceso diplomático para denunciarlo. Esta opción representa la visión de una corte en la que no existe espacio para coexistencia entre ordenamientos jurídicos: la Constitución es la máxima expresión del carácter nacional de una nación y es la ley suprema del territorio.

Sin embargo, la observación de algunas cortes que han utilizado esta opción indica que en los casos en los que una corte escala un conflicto normativo mediante una reivindicación de supremacía, paradójicamente, pierde influencia frente al derecho internacional de inversiones e incluso sobre su misma Constitución. Esta última puede llegar a reformarse para acoplarla a los estándares de trato contenidos en AII.

Esta es la conclusión que se extrae al analizar dos casos de escalamiento utilizados por la Corte Constitucional colombiana (1996) y la Corte Constitucional ecuatoriana (2010-2014). En estos casos, las cortes utilizaron una reivindicación de supremacía para, por una parte, impedir la ratificación del TBI entre Reino Unido-Colombia y, por otra, para declarar inconstitucionales a diecisiete TBI luego de la entrada en vigencia de una nueva Constitución en Ecuador²⁴. En el caso colombiano, como se argumentará, la declaratoria de inconstitucionalidad provocó un proceso de reforma constitucional en 1999 para adecuar la Constitución a la norma internacional. Por otra parte, como también se explicará, en Ecuador la Corte perdió influencia sobre su propia Constitución, que en los últimos años ha sido interpretada por tribunales arbitrales. Adicionalmente, en el caso ecuatoriano, en el 2018 surgió una solicitud del presidente de la Asamblea Legislativa²⁵ para

²⁴ Para una explicación detallada, véase José Gustavo Prieto Muñoz, "Ecuador's 2017 Termination of Treaties: How Not to Exit the International Investment Regime". *Brazilian Journal of International Law* 14, n.º 2 (2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064460.

²⁵ Presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador, "Acción de Interpretación Constitucional n.º 0002-18-IC", 2018, http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0356323a-a987-4f3b-b416-f91d2c3ab10a/interpretacion_de_la_constitucion_0002-18-ic.pdf?guest=true.

que la Corte actual emita una nueva interpretación del texto constitucional que permita al Ecuador retornar al régimen internacional de inversiones.

Corte Constitucional colombiana: TBI Reino Unido-Colombia 1996

En el año 1996, la Corte Constitucional colombiana fue llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto del TBI entre el Reino Unido y Colombia. En este texto, la Corte encontró una tensión entre los artículos 58 (expropiación por equidad) y 13 (principio de igualdad) de la Constitución con el artículo 6.º del TBI (estándar de no expropiación sin previo pago de indemnización). La Corte estuvo dividida entre dos grupos de jueces con una visión diferente de cómo dicha tensión se debía administrar. El grupo de mayoría decidió frente a la tensión entre estas normas que la Constitución colombiana era la norma suprema y el tratado no podía entrar en vigor.

Por una parte, el TBI Reino Unido-Colombia contenía en su artículo 6.º un estándar de protección frente a expropiaciones sin el pago previo de indemnización. El texto del artículo 6.º del TBI era el siguiente:

Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a:

[...] cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionados con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Por otra parte, el artículo 58 de la Constitución colombiana contenía un párrafo en el que se establecía un tipo de expropiación, donde, por motivos de equidad, el Legislador podía ordenar una expropiación sin pago de una indemnización. El texto era el siguiente:

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente²⁶.

²⁶ Constitución Política de Colombia de 1991, art. 58.

Esto a criterio de la Corte significaba claramente que el TBI impedía al Legislador colombiano decidir un tipo de expropiación que la Constitución expresamente autorizaba, por lo que debía declararse inconstitucional. Adicionalmente, la Corte determinó que la expropiación sin indemnización por equidad era coherente en el contexto del artículo 21.2 del Pacto de San José de Costa Rica, en el que se establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de “indemnización justa”²⁷. En un determinado caso, razonaba la Corte, el Legislador puede decidir “en justicia” que el pago de una indemnización no debía realizarse²⁸.

Finalmente, la Corte concluyó que, de permitirse la entrada en vigencia del artículo 6.º del TBI, también existía una transgresión del artículo 13 de la Constitución. Dicho artículo establece el postulado de igualdad entre todas las personas que recibirán el mismo trato sin discriminación del “origen nacional”. En caso de una medida de expropiación por equidad, razonó la Corte, los ciudadanos británicos recibirían un trato más favorable que los colombianos o que otros nacionales que no podrían acceder al pago de una indemnización²⁹. Como conclusión, la Corte colombiana resolvió que el artículo 6.º era inconstitucional (inexequible).

La resolución no fue unánime y un grupo de jueces disidentes redactaron un voto salvado donde se cuestionó la lectura de la mayoría. El voto salvado criticó el razonamiento del fallo, al que calificó como “asistémico” e “inflexible”, y advierte que lo único a lo que conduciría es a la reforma misma de la Constitución³⁰. La lectura del artículo 58 de la Constitución debía darse, razona el voto salvado, dentro de una triple salvaguardia —legalidad, compensación y defensa judicial³¹—, que puede encontrarse tanto en el tratado como en el sistema doméstico y en la Constitución colombiana. Por lo tanto, desde este punto de vista no se observa un conflicto irresoluble entre el artículo 58 y el AII.

El voto salvado también discrepa de las razones adicionales expuestas, sobre todo en lo relacionado con la presunta violación al principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución. A juicio de los magistrados disidentes, la Corte adoptó una “posición excesivamente simplista” sobre la igualdad³². La razón es que no se tomó en cuenta que los inversores

²⁷ C. Const., Sent. C-358, ago. 14/1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ *Ibid.*, apartado 1.3.

²⁹ *Ibid.*, apartado 2.

³⁰ *Ibid.*, salvamento parcial de voto, apartado 1.

³¹ *Ibid.*, apartado 3.

³² *Ibid.*, apartado 8.

están excluidos de los derechos políticos de representación que sí gozan los nacionales. Esta exclusión, explica el voto salvado, significa la falta de acceso a los mecanismos convencionales de rendición de cuentas que los ciudadanos normalmente poseen frente a los poderes públicos. Si una autoridad pública incurre en prácticas que afectan los derechos de nacionales, estos, al menos en teoría, pueden manifestar su descontento otorgando en el futuro su voto a otra facción política. Desde este punto de vista, se puede concluir de las palabras de los disidentes que los estándares de trato a los inversores representan una forma de nivelar esta ausencia de mecanismos políticos de los extranjeros para la rendición de cuentas.

Esta interpretación de los artículos 58 y 13 de la Constitución puede explicarse no solo desde la forma en la que los jueces se aproximan al texto constitucional, sino desde la visión misma que tienen sobre el papel de los jueces frente a la dimensión transnacional legal. En este sentido, los jueces disidentes incluyen una definición del juez frente a la globalización, a lo que llaman un deber de “estar en el mundo”. Este ejercicio de autodefinición de la postura del juez constitucional se expresa de la siguiente manera:

El proceso de globalización e internacionalización de las economías mundiales aparea, en consecuencia, una nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación. En la actualidad, la soberanía estatal debe entenderse como una forma particular de “estar en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales, que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica solo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendentes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía solo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y las necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.

El mandato de “estar en el mundo”, entendido por los jueces disidentes como una manera especial de defender los intereses nacionales en un contexto global, es un ejemplo claro de lo que Jackson llamaría postura de *compromiso*. Aquí una corte tiene un autoentendimiento de sí misma como

un actor transnacional llamado a defender las particularidades domésticas dentro de un sistema internacional.

Finalmente, el voto salvado termina con una advertencia: la decisión de la mayoría es en realidad una “sentencia de muerte”³³ del propio artículo 58 que los jueces trataron de defender, porque la lectura “inflexible” de la mayoría significaría una reforma al texto constitucional para eliminar la figura de la expropiación de equidad, adaptando la Constitución colombiana al texto del TBI.

En 1999, solo tres años después de la sentencia de la Corte, y como el voto salvado anunciaba, mediante acto legislativo³⁴ el texto de la Constitución colombiana fue modificado: se eliminó la posibilidad de una expropiación sin el pago de una indemnización previa. En otras palabras, si lo que preocupaba a la Corte era precautelar la supremacía de la Constitución colombiana sobre un tratado de inversiones, el resultado final fue lo opuesto: la Constitución colombiana tuvo que reformarse para poder adaptarse a un solo artículo de un TBI.

Una primera lección que deja este caso es que cuando una corte decide escalar usando una reivindicación de la supremacía del orden interno para resolver una tensión entre el texto constitucional y un AI, puede en el corto plazo impedir la vigencia del tratado, pero en un contexto más amplio pierde influencia en el desarrollo del derecho internacional de inversiones. Esta pérdida puede ser tan significativa, como en este caso, que la misma Constitución puede ser reformada.

Corte Constitucional ecuatoriana: diecisiete sentencias entre el 2010 y el 2014

El caso ecuatoriano es sin duda una de las mejores representaciones del escenario de escalada usado por una corte como estrategia para resistir al derecho internacional de inversiones. Lo particular de este caso es que la Corte Constitucional ecuatoriana tuvo que decidir no sobre un nuevo TBI, sino sobre la compatibilidad de una nueva Constitución con todos los TBI ya ratificados por el Estado. Adicionalmente, la nueva Constitución ecuatoriana tiene la particularidad de ser una de las pocas constituciones que tiene una cláusula expresa o explícita sobre cómo debe ser la relación del derecho interno con el arbitraje internacional de inversiones.

³³ *Ibid.*, salvamento parcial de voto, apartado 11.

³⁴ Acto Legislativo 1.º de 1999, 10 de agosto, por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política. *Diario Oficial* 43 662. Congreso de la República.

En este caso, en una serie de sentencias desde el 2010 hasta el 2014, la Corte Constitucional ecuatoriana resolvió las tensiones entre la nueva Constitución del 2008 y los TBI vigentes aplicando la estrategia de escalar el conflicto normativo, al ordenar la terminación de todos los tratados. Como en el caso colombiano, la Corte perdió influencia en el derecho internacional de inversiones y, al autoaislarse de este, dejó la puerta abierta para que sean los propios tribunales arbitrales de inversión los llamados a interpretar el nuevo texto constitucional ecuatoriano en disputas sobre inversión extranjera durante la última década.

En el 2008 entró en vigencia la Constitución ecuatoriana, que contiene una provisión que estaba dirigida a separar al Ecuador del régimen internacional de inversiones, en la que se prohíbe al Estado ceder soberanía a instancias arbitrales para resolver disputas “comerciales”; el texto contenido en el artículo 422 es el siguiente:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.³⁵

Lo primero que llama la atención de la lectura de este artículo es que, si la intención del Constituyente ecuatoriano era impedir la cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje de inversión, la primera palabra que debía incluirse en esta prohibición era precisamente “inversión”. En lugar de esto, el artículo 422 introduce una prohibición para la cesión de disputas sobre “controversias contractuales o de índole comercial” entre el Estado ecuatoriano y privados. El uso de estos vocablos genera incertidumbre sobre el alcance de la prohibición en general.

³⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008.

Luego de la promulgación de la Constitución, el presidente ecuatoriano durante ese periodo solicitó a la Corte Constitucional que se pronunciara y declarara la inconstitucionalidad de los diecisiete TBI donde Ecuador formaba parte y que se encontraban todavía vigentes³⁶. Como resultado en los siguientes años desde el periodo 2010-2014, la recientemente formada Corte Constitucional ecuatoriana, establecida con base en la Constitución del 2008, emitió diecisiete sentencias³⁷ en las que se llega a la misma conclusión: el Ecuador debía terminar, mediante procedimiento de denuncia, todos los diecisiete tratados vigentes. Sin embargo, y de forma curiosa, las diecisiete sentencias justificaron sus resoluciones de diferente manera. Adicionalmente, en este grupo de sentencias y, a pesar de diferentes reflexiones hechas sobre la conveniencia para el Ecuador de firmar o no TBI, en los diferentes fallos no se da una respuesta argumentada al principal problema jurídico del artículo 422, esto es, establecer si las controversias internacionales sobre inversiones podrían entenderse como “controversias contractuales o de índole comercial”.

Los diferentes fallos hacen referencia a un informe del pleno de la Corte del 25 de marzo del 2010, donde los TBI son categorizados como “comerciales”; no obstante, las sentencias no contribuyen con un análisis específico de por qué se llegó a esta determinación, ni exponen las razones que este informe usa para llegar a dicha conclusión. De esta forma, la Corte ecuatoriana se deslindó del derecho internacional de inversiones. Sin embargo,

³⁶ Ecuador ingresó al régimen internacional de inversiones en 1965, cuando celebró un primer tratado con la República Federal Alemana. En el 2006, antes del proceso interno de redacción de una nueva Constitución, Ecuador era parte de veintiséis tratados. En el periodo 2006-2009, mientras la nueva Constitución ecuatoriana era redactada y aprobada mediante plebiscito, el Gobierno de Rafael Correa procedió a la terminación de nueve tratados bajo las reglas de la Constitución de 1996, dejando vigentes diecisiete. Para mayor detalle de este proceso, véase Prieto Munoz, “Ecuador’s 2017 termination of treaties”.

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 023-10-DTI-CC, 2010 [Alemania-Ecuador]; Sentencia n.º 0003-13-DTI-CC, 2013 [Argentina-Ecuador]; Sentencia n.º 0001-14-DTI-CC, 2014 [Bolivia-Ecuador]; Sentencia n.º 035-10-DTI-CC, 2010 [Canadá-Ecuador]; Sentencia n.º 038-10-DTI-CC, 2010 [Chile-Ecuador]; Sentencia n.º 027-10-DTI-CC, 2010 [China-Ecuador]; Sentencia n.º 010-13-DTI-CC, 2013 [España-Ecuador]; Sentencia n.º 043-10-DTI-CC, 2010 [Estados Unidos-Ecuador]; Sentencia n.º 026-10-DTI-CC, 2010 [Finlandia-Ecuador]; Sentencia n.º 031-10-DTI-CC, 2010 [Francia-Ecuador]; Sentencia n.º 022-13-DTI-CC, 2013 [Italia-Ecuador]; Sentencia n.º 030-10-DTI-CC, 2010 [Países Bajos-Ecuador]; Sentencia n.º 032-13-DTI-CC, 2013 [Perú-Ecuador]; Sentencia n.º 020-10-DTI-CC, 2010 [Gran Bretaña-Ecuador]; Sentencia n.º 029-10-DTI-CC, 2010 [Suecia-Ecuador]; Sentencia n.º 040-10-DTI-CC, 2010 [Suiza-Ecuador]; Sentencia n.º 041-10-DTI-CC, 2010 [Venezuela-Ecuador].

un elemento adicional que no tomó en cuenta la Corte en ninguna de sus sentencias fue el tiempo que tomaría para que efectivamente los tratados de inversión sean terminados y sus obligaciones se extingan para el Estado ecuatoriano.

En este sentido, se debe considerar que casi siempre los TBI contienen cláusulas específicas sobre la sobrevivencia de obligaciones. Estas cláusulas pactadas por los Estados establecen un periodo determinado luego de la terminación del tratado, en el que las obligaciones sustantivas de trato del Estado anfitrión se extienden en el tiempo. La razón de este tipo de provisiones es que las inversiones de una de las partes contratantes tengan una protección por un tiempo adicional luego de la terminación del TBI por cualquier motivo.

Al tiempo de sobrevivencia de las obligaciones de un TBI, se debe sumar el tiempo real que toma a un Estado entregar la nota diplomática de denuncia de un tratado. Esto sucede porque, en términos prácticos, la denuncia de un tratado debe cumplir una serie de formalidades y cálculos en las relaciones internacionales de un Estado que como resultado no permite una terminación inmediata de un tratado.

El caso ecuatoriano es muy ilustrativo en este sentido. Aunque la mayoría de las sentencias de los TBI fueron celebradas entre el 2010 y el 2014, el decreto presidencial en el que se ordena proceder con la denuncia se firmó efectivamente en mayo del 2017^[38]. Esto significa —si se toma como ejemplo el TBI Reino Unido-Ecuador, que contiene una cláusula de sobrevivencia de quince años luego de la terminación del tratado— que el Ecuador seguirá teniendo obligaciones bajo este tratado hasta el 2032 —esto es, veintidós años luego de la sentencia original—.

En este periodo, el Ecuador ha sido demandando nuevamente ante tribunales arbitrales, y la Constitución ecuatoriana en alguno de estos casos ha sido la ley aplicada a dichas disputas. Esto significa que los tribunales arbitrales, a los cuales la Corte ecuatoriana estaba preocupada de ceder jurisdicción, no solo han seguido funcionando, sino que se han convertido en los intérpretes de la Constitución ecuatoriana.

³⁸ La razón para esta demora entre las sentencias y la efectiva terminación no es del todo clara. Sin embargo, un factor que pudo influir fue la negociación de Ecuador con la Unión Europea de la adhesión al tratado de libre comercio vigente entre el bloque europeo con Perú y Colombia. Entre los tratados que el Ecuador debía terminar se encontraban siete con países importantes dentro de la Unión Europea —Gran Bretaña, Alemania, Suecia, Países Bajos, Francia, España e Italia— que hubieran podido vetar la adhesión ecuatoriana.

Los casos más evidentes en este sentido son las reconvencciones o contrademandas hechas por el propio Estado ecuatoriano en los procesos arbitrales seguidos por *Burlington*³⁹ y *Perenco*⁴⁰. El Estado ecuatoriano basó parte de sus contrademandas a los inversionistas en el régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental contenido en el artículo 396 de la Constitución ecuatoriana. Dicho régimen establece un umbral de responsabilidad muy alto por contaminación ambiental. Por un lado, el Estado ecuatoriano solo debe probar la existencia de un daño para que este sea atribuido a los inversionistas; adicionalmente, la aplicación de este umbral tendría una aplicación retroactiva, es decir, antes de la vigencia de la Constitución del 2008.

Burlington (desde el 2001) y Perenco (desde el 2002) operaron dos bloques petroleros en Ecuador y en diferentes arbitrajes demandaron al Estado por incumplir obligaciones contractuales e internacionales. En el caso de Burlington, el inversionista demandó al Estado con base en el TBI Estados Unidos-Ecuador y en el caso de Perenco, con base en el TBI Francia-Ecuador. Dentro de estos dos arbitrajes, Ecuador, como parte de su defensa, presentó dos contrademandas exigiendo a los inversionistas reparación por daños ambientales.

En ambos casos, la base legal de las contrademandas fue la Constitución del 2008. Uno de los argumentos de Ecuador fue que los dos inversionistas tenían responsabilidad objetiva por reclamos ambientales en virtud del artículo 396 de la Constitución. Bajo este régimen, el Estado no necesita probar que existe un nexo causal entre una violación del deber de cuidado y el daño ambiental. En virtud del régimen de responsabilidad objetiva, el Estado solo debe demostrar la existencia de una actividad económica en el área relevante y un impacto negativo en el ambiente evidenciado luego de que la Constitución del 2008^[41] entró en vigor, sin importar si los hechos que causaron el daño sucedieron antes.

Aunque desde el punto de vista estratégico de los dos arbitrajes se puede entender que la defensa jurídica del Ecuador se basó en una reconvencción en la Constitución del 2008, ya que esta contiene un régimen más amplio de responsabilidad ambiental hacia el inversionista, al hacerlo, el propio Estado reconoció a dichos mecanismos como legítimos intérpretes de dicha Constitución. En otras palabras, el propio Estado ecuatoriano,

³⁹ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/08/5, award, 7 febrero del 2017.

⁴⁰ *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/08/6, award, 27 de septiembre del 2019.

⁴¹ *Burlington Resources Inc. Ecuador*, párr. 81-83.

cuya Corte Constitucional había manifestado su oposición total al arbitraje internacional de inversiones, reconoció a estos mismos tribunales arbitrales como intérpretes de la Constitución del 2008 que buscaba excluirlos. Adicionalmente, durante el tiempo de las reconvenciones, la Corte Constitucional no tenía todavía una jurisprudencia consolidada sobre el artículo 396, lo cual puso a los tribunales arbitrales en el lugar de “primeros intérpretes” del texto constitucional.

Los tribunales de los casos *Perenco*⁴² y *Burlington*⁴³ decidieron en fallos diversos que, en efecto, el artículo 396 de la Constitución contenía un régimen de responsabilidad objetiva, pero que este no era aplicable de forma retroactiva antes de la vigencia de la Constitución del 2008. Independientemente de que esta conclusión era la apropiada, la pregunta en este caso es si esta determinación no le correspondía hacerla a la propia Corte, a quien el mismo texto constitucional la designa como su intérprete supremo.

Si la Corte ecuatoriana hubiera tomado en cuenta el tiempo que tomaría en implementar una decisión de terminación, tal vez hubiera considerado otras opciones en su decisión. Una de estas era concluir que las expresiones “controversias contractuales” o “de índole comercial” no incluían las disputas extracontractuales derivadas de inversión extranjera directa.

Sin embargo, aun si los jueces ecuatorianos pensaban de manera legítima que la prohibición del artículo 422 incluía efectivamente a todas las disputas de inversión extranjera, contractuales y no contractuales, también disponían de otras opciones para su decisión. Una de estas era determinar que los tratados fueron celebrados por las contrapartes ecuatorianas en buena fe, y que por esto era posible permitir la coexistencia de estas normas con la nueva Constitución hasta que el plazo original de cada uno de los tratados finalice. Esta opción más flexible hubiera abierto las puertas a la Corte para ir un paso más lejos y establecer condiciones básicas de coexistencia entre la Constitución del 2008 y los TBI, condiciones que de cualquier forma tenían que ser observadas en caso de que el Estado ecuatoriano y los Estados contratantes hubieran deseado renovar los tratados.

Una condición fundamental para esta coexistencia era que la Corte Constitucional ecuatoriana mantuviera la autoridad exclusiva sobre la interpretación de la nueva Constitución. En este caso, hubiera existido una decisión expresa que tratara de salvaguardar la uniforme aplicación de la Constitución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁴² *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*.

⁴³ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*.

Finalmente, y como en el caso colombiano de 1996, ya existen intentos para que el Ecuador retorne al régimen internacional de inversiones. El 16 de agosto del 2018, la presidenta de la Asamblea Legislativa solicitó a la Corte Constitucional⁴⁴ —que desde el 2019 fue reintegrada por completo por nuevos jueces— realice una interpretación del artículo 422, esclareciendo precisamente lo que la Corte no determinó en sus diecisiete resoluciones previas, esto es, si las disputas de inversión pueden considerarse “controversias contractuales o de índole comercial”. Esta resolución todavía está pendiente.

El caso ecuatoriano permite concluir que cuando una corte utiliza la estrategia más drástica para resolver tensiones entre la Constitución y los AI, esto es, la reivindicación de la supremacía de la Constitución para, en este caso, terminar diecisiete TBI, paradójicamente pierde influencia hacia el derecho internacional de inversiones. La pérdida es tan considerable que, en el caso ecuatoriano, se ha visto a los propios tribunales arbitrales —que se pretendían prohibir— interpretar libremente su Constitución. Adicionalmente, y de forma similar al caso colombiano de 1996, esta misma resolución podría provocar una reforma de la propia Constitución para adecuarla al derecho internacional de inversiones.

Coexistencia: constitucionalidad condicionada

Una tercera estrategia que las cortes constitucionales han desarrollado frente al derecho internacional de inversiones es buscar un punto medio —entre una apertura total mediante un alineamiento incondicional y un bloqueo también incondicional con una reivindicación de supremacía de la Constitución—, que consiste en la creación de condiciones para que un AI sea declarado constitucional o compatible con el régimen legal doméstico.

La constitucionalidad condicionada no está ausente de riesgos, ya que la creación de condiciones amplias puede afectar la capacidad de otros poderes, dentro de un ordenamiento político, de ejercer las funciones establecidas en la Constitución doméstica sobre el manejo de las relaciones internacionales. Adicionalmente, la elaboración de condiciones con un alcance muy amplio puede perjudicar la eficiencia de la política exterior de un Estado, porque es difícil que otros Estados se adapten a las condiciones establecidas por una corte extranjera, impidiendo de esta forma la celebración de tratados de cualquier tipo.

⁴⁴ Presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador, “Acción de Interpretación Constitucional n.º 0002-18-IC”.

Esta sección realiza un bosquejo de las virtudes y los riesgos de esta estrategia, a partir de los casos más recientes de la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones del TBI Francia-Colombia, el TLC entre Israel y Colombia y la del TJUE en su opinión 1/17 sobre el CETA, pactado entre la Unión Europea y Canadá. En estos casos las dos cortes utilizaron como estrategia la creación de condiciones, pero los diferentes matices de cada uno permiten diferenciar entre dos tipos de condiciones: consustancialidad y de autonomía.

Condiciones consustanciales

En un texto del 2011, Antonios Tzanakopoulos utilizó la expresión *normas consustanciales* para describir una forma de relación entre el derecho internacional público y los sistemas domésticos. El término, tomado de la teología, fue usado para describir normas del derecho domestico “profundamente internacionalizadas”, al punto de que su substancia es “verdaderamente reflectiva”⁴⁵ a normas de derecho internacional público. En otras palabras, el vocablo es utilizado para describir normas en dos sistemas jurídicos que comparten la misma substancia o contenido. Existen varios ejemplos de este tipo de normas en el derecho internacional de derechos humanos. Tzanakopoulos utiliza el ejemplo del caso *Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs and Attorney General of Canada*⁴⁶. En este caso, la Corte Federal canadiense resolvió que la importancia de una norma doméstica radicaba en que no solo contenía derechos relevantes para el derecho local, sino que eran la manifestación del derecho internacional.

El uso de este tipo de normas fuera del contexto de derechos humanos no ha sido estudiado; sin embargo, el concepto puede resultar útil dentro del derecho internacional de inversiones, porque el problema de desigualdad en el trato de extranjeros y nacionales ha perseguido, desde los años de Calvo, a las normas internacionales que regulan la inversión extranjera directa. Si una norma internacional contiene la misma sustancia que una local, entonces no se puede hablar de “más” o “menos” derechos hacia los nacionales o extranjeros. El concepto de *consustancialidad*, por lo tanto, es útil también para describir las condiciones diseñadas por la Corte Constitucional

⁴⁵ Antonios Tzanakopoulos, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* 34, n.º 1 (2011): 133-168.

⁴⁶ *Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs and Attorney Gen of Canada*, 2009 FC 580 (2009).

colombiana en 2019 cuando decidió la compatibilidad entre la Constitución colombiana y el TBI Francia-Colombia y el TLC Israel-Colombia.

Luego de la reforma constitucional de 1999, la Corte Constitucional colombiana había declarado constitucionales incondicionalmente a varios tratados⁴⁷; sin embargo, en el 2019 la Corte revirtió su estrategia utilizada frente al derecho internacional de inversiones. La Corte no proporcionó una razón expresa en sus sentencias para el cambio de estrategia, pero el cambio podría explicarse como una respuesta frente a arbitrajes de inversiones de alto perfil donde el Estado colombiano ha sido demandado, en especial el caso *Eco Oro*⁴⁸. Conforme a lo explicado, la estrategia de alineamiento incondicional usualmente ha sido abandonada luego de un caso que transporta al derecho internacional de inversiones dentro del debate público en un Estado.

En sus sentencias, la Corte afirmó que tanto el TBI Francia-Colombia como el capítulo de inversiones del TLC Israel-Colombia eran constitucionales, siempre y cuando la interpretación dada a ciertos estándares sustantivos se enmarque en la Constitución colombiana. Es decir, las condiciones esbozadas por la Corte tenían como objetivo asegurar la consustancialidad de los AII con la Constitución colombiana. El razonamiento de la Corte se resume en el siguiente pasaje de la Sentencia C-252 del 2019:

la Corte advierta que una determinada cláusula admite varias interpretaciones, al menos una de las cuales es contraria a la Constitución Política, declarar su exequibilidad condicionada y advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la otra Parte Contratante respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con el tratado o con su articulado⁴⁹.

⁴⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019; C. Const., Sent. C-358 de 1996; C. Const., Sent. C-379, ago. 22/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C. Const., Sent. C-494, sep. 15/1998. M.P. Hernando Herrera Vergara; C. Const., Sent. C-750, jul. 24/2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-961, nov. 21/2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸ *Eco Oro Minerals Corp v Colombia*, caso ICSID n.º ARB/16/41, 29 de diciembre del 2016.

⁴⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 71.

Con el uso de esta metodología, la Corte analizó los diferentes estándares de trato contenidos en las cláusulas de los tratados y las contrastó con las interpretaciones que algunos tribunales arbitrales de inversión han dado a cláusulas similares. De esta forma, la Corte determinó que eran compatibles, siempre y cuando se usen las interpretaciones más cercanas a las normas de la Constitución.

Por ejemplo, la Corte determinó que el concepto de “legítimas expectativas”, especificado en el artículo 4.º del TBI Francia-Colombia, no solo no era contrario a la Constitución colombiana, sino que se justificaba en los principios de confianza legítima y buena fe contenidos en el artículo 83 de la Constitución⁵⁰. Este artículo establece una obligación para que las actuaciones de funcionarios públicos se enmarquen en una premisa de buena fe, libres de cambios injustificados de políticas públicas. En este sentido, la Corte determinó que el concepto ha sido interpretado de diferentes formas por tribunales arbitrales,⁵¹ por lo que una condición para la entrada del TBI era que Colombia y Francia establecieran que la única interpretación posible sea aquella que refleje el mismo contenido del artículo 83 de la Constitución. La condición concretamente ordenaba a las partes del tratado a entender expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados y que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión⁵². La Corte razonó de la siguiente manera:

la incertidumbre y el carácter “flexible” de esta cláusula [refiriéndose a las “expectativas legítimas”], explica que para la Corte resulte indispensable que se concrete su alcance, de tal manera que sus efectos y consecuencias sean previsibles, se garantice la seguridad jurídica (art. 1 de la cp) y resulte compatible con el estándar de protección de las expectativas legítimas de la jurisprudencia constitucional [colombiana]⁵³.

Este tipo de determinación elaborado por la Corte Constitucional colombiana puede denominarse una condición de consustancialidad, ya que tiene como objeto asegurar que la sustancia de un TBI sea “verdaderamente reflectiva” a la norma constitucional. Como resultado, los sistemas internacional y nacional pueden coexistir, porque no se otorga ninguna protección

⁵⁰ *Ibid.*, apartado 210.

⁵¹ *Ibid.*, apartado 211.

⁵² *Ibid.*, apartado 212.

⁵³ *Ibid.*, apartado 211.

adicional a la que reciben nacionales. Esta condición es expresada en la declaración interpretativa de los tratados con Francia⁵⁴ e Israel⁵⁵.

Esta metodología no fue adoptada unánimemente por la Corte. El magistrado Alejandro Linares Cantillo redactó un voto salvado que resalta observaciones sobre la estrategia de constitucionalidad condicionada. El magistrado presentó al menos dos críticas a la decisión de la mayoría. Por un lado, cuestionó lo que calificó como una “intervención excesiva”⁵⁶ de la Corte en las facultades del Ejecutivo, establecidas en la propia Constitución, relativas al manejo de las relaciones internacionales. Esta reflexión sintetiza el desafío que implica el ejercicio de imposición de condiciones que puedan alterar el balance interno de poderes sobre el manejo de la política exterior de un Estado.

Otra observación importante que se expresa en el voto salvado de Linares Cantillo es lo que denomina el “uso excesivo”⁵⁷ por parte de la Corte de laudos arbitrales previos, lo cual, a criterio del magistrado, distorsiona el sistema de fuentes del derecho internacional contenido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este artículo califica a las decisiones judiciales como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

La importancia que se ha dado en el derecho internacional de inversiones a los laudos previos ha sido ampliamente debatida; en todo caso, existe un cierto consenso sobre el uso de estos en casi cualquier litigio de inversiones. Actualmente, sería impensable un litigio de inversiones en el que tanto los Estados como los inversores no usen casos previos, al menos de manera referencial, en los alegatos. Sin embargo, la justificación sobre su categoría jurídica todavía es diferente en la literatura y en los propios laudos, donde son conceptualizados de forma diferente. Algunos autores se refieren a su uso como “fuentes de inspiración”, “fuentes materiales”⁵⁸, “*common law* de

⁵⁴ Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020, www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos-1/Francia/BIT-CO-FR-JID-Firmada-05-08-20.pdf.aspx?lang=es-CO

⁵⁵ Declaración Interpretativa Conjunta al TLC entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 25 de mayo del 2020, http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994_DECLARACION%CC%81N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PDF

⁵⁶ C. Const, Sent. C-252/19, apartados 1-3.

⁵⁷ *Ibid.*, apartado 4(b).

⁵⁸ Eric de Brabandere, “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”, en *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, editado por Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere (Leiden Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012).

inversión”⁵⁹ o hasta como un ejercicio de la autoridad excluyente Raziana⁶⁰. Por su parte, diversos tribunales arbitrales los usan como fuente sin dar mayor explicación sobre su uso, pero algunos se han referido como “jurisprudencia emergente”⁶¹ o simplemente como “normas arbitrales”⁶².

En definitiva, no resulta extraño que una corte constitucional también ponga especial atención en cómo adjudicadores de inversión están interpretando los conceptos establecidos en AII, aunque no proporcione una categorización conceptual de laudos anteriores en el derecho internacional. Tarea que, como se destaca en el párrafo anterior, todavía no ha sido resuelta por la literatura. En todo caso, si se toma en serio la crítica de Linares Cantillo, es necesario que una corte que utilice la misma metodología de la Corte Constitucional colombiana provea al menos una adecuada justificación de los casos que ha elegido para ser objeto de análisis.

Por ejemplo, en el análisis de las expectativas legítimas, la Corte utilizó como referencia tres casos de inversiones⁶³. Si se considera que actualmente existen más de mil casos de arbitraje de inversiones, la Corte pudo haber justificado de alguna manera por qué decidió centrar su análisis precisamente en esos tres casos y por qué, en última instancia, decidió no incluir otros en los que también se ha desarrollado este estándar de forma amplia.

Ahora bien, y pese a las críticas muy válidas que realiza el magistrado Linares Cantillo en su voto salvado, se pudo concluir, haciendo un balance general, que las virtudes de la estrategia de coexistencia mediante constitucionalidad condicional son reales. En el caso colombiano, en un tiempo considerablemente corto, los Gobiernos de Francia⁶⁴ e Israel⁶⁵ aceptaron

⁵⁹ Matthew C. Porterfield, “An International Common Law of Investors Rights”. *Journal of International Law*, 27, n.º 1 (2006), <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol27/iss1/2>

⁶⁰ En este sentido, véase la explicación de Zachary Douglas, “Can a doctrine of precedent be justified in investment treaty arbitration?”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 25, n.º 1 (2010): 104-110.

⁶¹ En este sentido, véase el extenso análisis en el voto salvado de Thomas Wälde en el caso *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, caso UNCITRAL, 26 de enero del 2006.

⁶² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/06/11, 5 de octubre del 2012.

⁶³ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States; Saluka Investments B. V. v Czech Republic*, UNCITRAL; *Tecmed c. México*, caso CIADI n.º ARB (AF)/00/2, laudo, 29 de mayo del 2003.

⁶⁴ C. Const, Sent. C-252/19; Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia.

⁶⁵ C. Const, Sent. C-254/19, jun. 6/19, M. P. José Frenando Reyes Cuartas, apartado 41; Declaración Interpretativa Conjunta al TLC entre la República de Colombia y el Estado de Israel.

suscribir notas interpretativas que se enmarcan dentro de las condiciones de interpretación establecidas por la Corte Constitucional colombiana.

La Corte colombiana influyó en un tiempo oportuno en la forma en que las normas internacionales son redactadas. Adicionalmente, cualquier negociador colombiano y sus contrapartes de terceros Estados tendrán que leer muy detenidamente las sentencias de la Corte en cualquier negociación futura de AII. En definitiva, esta decisión moderada permitió a la Corte tener una voz en la evolución del derecho internacional de inversiones.

Condiciones de autonomía

En el mismo año 2019, paralelamente a la decisión de la Corte Constitucional colombiana, el TJUE, su contraparte europea, dictó otra sentencia sobre la compatibilidad de un AII y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Esta decisión fue el análisis que efectuó sobre el CETA, acuerdo comercial entre la Unión Europea y Canadá. Como en el caso colombiano, el TJUE formuló condiciones para la ratificación del CETA; sin embargo, a diferencia del caso colombiano, la coexistencia condicional aplicada por el TJUE tuvo una finalidad distinta a la consustancialidad. La condicionalidad del TJUE está destinada a defender su autoridad como la autoridad suprema de interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

El 30 de abril del 2019, el pleno del TJUE emitió su Dictamen 1/17^[66], sobre la compatibilidad del CETA (2016)⁶⁷ con el derecho comunitario europeo, ante la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica. En especial, el TJUE debía pronunciarse sobre si el tribunal creado para la solución de controversias en el artículo 8.27 (Tribunal del CETA) y un tribunal de apelación creado en el artículo 8.28 (Tribunal de Apelación del CETA) son o no compatibles con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁶⁸.

El TJUE decidió en principio que sí, pero bajo la condición de que se respete a la autonomía del sistema jurídico europeo. La condición se expresó de la siguiente manera:

En consecuencia, el CETA, en la medida en que prevé, [...] una judicialización de la solución de diferencias entre inversores y Estados mediante la creación

⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno), Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019.

⁶⁷ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, 30 de octubre del 2016.

⁶⁸ Véase Catharine Titi, "Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court", en *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019 (OUP)*, editado por Lisa Sachs y Lise Johnson (inédito).

de un Tribunal y de un Tribunal de Apelación del CETA y, a largo plazo, de un Tribunal Multilateral sobre Inversiones, solo puede ser compatible con el Derecho de la Unión si no vulnera la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión⁶⁹.

Durante la evolución del derecho europeo como ordenamiento jurídico distinto al derecho internacional, el TJUE siempre ha tenido un especial cuidado de resaltar las condiciones de autonomía del derecho comunitario frente a las cortes constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, porque en la autonomía del ordenamiento radica su autoridad como intérprete supremo de este. En el fondo, condiciones de autonomía tienen como finalidad principal resguardar la aplicación uniforme de un sistema normativo, lo cual, sin lugar a duda, permite el desarrollo de la seguridad jurídica. Adicionalmente, las condiciones de autonomía también cumplen la función de resguardar la autoridad del TJUE sobre el sistema como máximo y único intérprete. Esta ha sido la posición del TJUE a lo largo de su jurisprudencia, por lo que ante la creación de los dos tribunales del CETA era predecible que blindaría su autoridad. Este concepto de autonomía se desarrolla más adelante en el Dictamen, mediante la creación de dos condiciones muy claras a las que los tribunales del CETA deben sujetarse. El TJUE ordena:

En consecuencia, para comprobar la compatibilidad del mecanismo SDIE previsto con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, es necesario cerciorarse de que:

- el capítulo ocho, sección F, del CETA no atribuya a los tribunales cuya creación se prevé ninguna competencia de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones de dicho Acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes, y
- dicho capítulo ocho, sección F, no configure las competencias de dichos tribunales de modo que estos, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas del Derecho de la Unión que no sean las de dicho Acuerdo, puedan dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta⁷⁰.

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 1/17, apartado 108.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 119.

La condición de autonomía debe entenderse, en principio, como una prohibición expresa de interpretar o aplicar el derecho de la Unión Europea en disputas de inversión. La razón de esta prohibición radica en diferenciar claramente, como se conoce desde 1963^[71], al derecho de la Unión Europea del derecho internacional público. Pero el dictamen va más allá y establece una condición algo más ambigua en la que se prohíbe a los tribunales del CETA que, aun sin interpretar el derecho de la Unión Europea, impidan de alguna forma que las instituciones de esta ejerzan sus funciones constitucionales. El alcance de esta segunda condición deberá esclarecerse en la jurisprudencia futura del TJUE.

La experiencia europea permite destacar dos conclusiones provisionales dentro del presente análisis. La primera es que se destaca la importancia de las condiciones de autonomía para precautelar la autoridad de una corte. Es suficiente en este punto recordar el caso ecuatoriano que se discute en este capítulo, donde claramente se ilustra lo que ocurre una vez que una corte no ha logrado posicionarse como el único intérprete de su texto constitucional. Una segunda conclusión es que la condicionalidad que se ha destacado en este capítulo puede ser implementada de diferente forma. En el caso colombiano, es importante analizar hasta qué punto la metodología de condiciones de consustancialidad afecta potencialmente la autonomía del sistema jurídico doméstico. Por ejemplo, si la Corte Constitucional colombiana establece condiciones para asegurar la consustancialidad del AII con la Constitución, cabe preguntarse si eso puede considerarse una invitación a los tribunales arbitrales a interpretar la propia Constitución colombiana o la jurisprudencia de la propia Corte.

En todo caso, la condicionalidad consustancial no excluye necesariamente la aplicación de condiciones de autonomía. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana podría complementar su metodología al asegurarse de que ciertas normas compartan una sustancia similar y que al mismo tiempo establezca condiciones que le permitan retener la autoridad de interpretación de su ordenamiento jurídico, precautelando la autonomía de este.

CONCLUSIONES

Las cortes constitucionales son actores importantes con el poder de influir en el desarrollo del derecho internacional de inversiones. Una oportunidad única de ejercer esta capacidad se presenta cuando surge un conflicto o

⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso 26-62 (1963): NV Algemene Transport.

pregunta sobre la compatibilidad entre un AII y una Constitución nacional. Conforme se ha argumentado en este capítulo, no solo importa la decisión final de una corte sobre la compatibilidad del AII con el derecho interno, sino sobre todo la estrategia que una corte escoja para resolver un potencial conflicto. Al final, esta estrategia o postura es una declaración que una corte constitucional realiza sobre su papel frente al derecho internacional y transnacional. En este capítulo se han analizado tres estrategias: alineamiento, escalada y coexistencia condicionada.

En primer lugar, el *alineamiento* o *constitucionalidad incondicional* constituye una postura de convergencia total entre el derecho internacional y una Constitución nacional. En este caso, no existe verdaderamente un conflicto entre la Constitución y el AII, ya que este es solo la expresión de normas que se encuentran garantizadas en el ordenamiento interno. Esta postura también está condicionada por el contenido del texto constitucional. Como se demostró en el caso de Costa Rica, la propia Constitución puede tener cláusulas expresas sobre el reconocimiento del arbitraje, incluso como un derecho fundamental; sin embargo, el riesgo de implementar una estrategia de alineamiento incondicional es que inadvertidamente un Estado otorgue un nivel considerable de autoridad pública a un tribunal arbitral, para que este revise las actuaciones de funciones del Estado estrictamente desde una lógica económica.

Una segunda estrategia es la *escalada* o *inconstitucionalidad incondicional*. Esta postura se coloca en el polo opuesto del alineamiento, ya que es la respuesta más extrema que una corte puede adoptar frente al derecho internacional de inversiones: esto significa reivindicar la supremacía del derecho nacional para impedir que un AII entre en vigencia, como sucedió en Colombia en 1996, o para ordenar la terminación de tratados, como en el caso ecuatoriano. Sin embargo, conforme se explicó, paradójicamente esta respuesta drástica al corto plazo puede ocasionar que una corte pierda influencia frente al mismo derecho internacional de inversiones que buscaba evitar. Esto sucede por dos motivos. El primero, una vez que una corte utiliza esta estrategia puede ocasionar una reforma interna al mismo texto que los jueces constitucionales buscaban defender. En segundo lugar, en el caso de tratados vigentes, como en Ecuador, el tiempo en que la orden de terminación de un tratado llegue a tener efecto es extenso. Esto sucede porque los procedimientos internos políticos para hacer efectiva una denuncia han demostrado ser considerables. Adicionalmente, luego de que la denuncia se vuelve efectiva, los AII contienen cláusulas de sobrevivencia de obligaciones. En definitiva, mientras este tiempo transcurre, una corte corre el riesgo de autoaislarse de cualquier debate significativo sobre el derecho de

inversiones, el cual seguirá desarrollándose, como se explicó en los arbitrajes de Perenco y Burlington contra Ecuador.

Finalmente, una tercera estrategia es una postura de *coexistencia o constitucionalidad condicionada*. Este camino se encuentra en la mitad de las otras posturas. Consiste en la creación de condiciones para que un AII sea declarado constitucional o compatible con el derecho interno y permite a una corte tener una mayor influencia sobre un tratado específico, pero también sobre tratados futuros. Existen al menos dos tipos de condiciones: consustanciales y de autonomía. Las condiciones consustanciales son aquellas que buscan asegurar que el AII sea completamente reflectivo a la sustancia de la Constitución de un Estado; por otra parte, las condiciones de autonomía son aquellas que se crean para asegurar la autoridad de interpretación sobre la Constitución nacional, con el fin de asegurar su supremacía y uniforme aplicación. Sin embargo, el alcance de las condiciones impuestas por una corte puede ocasionar un desbalance interno de la separación de poderes, porque, si una corte establece condiciones muy extensas, puede invadir las potestades usualmente reservadas en los textos constitucionales a la función Ejecutiva para dirigir las relaciones internacionales de un Estado. Adicionalmente, desde un punto de vista global, si las cortes de diferentes Estados definen condiciones muy extensas, la capacidad de negociación y conclusión de nuevos tratados se vería comprometida.

Aún existen desafíos para la estrategia de coexistencia condicional; no obstante, las ventajas expuestas indican que esta es más efectiva para que las cortes puedan ejercer su influencia en el derecho internacional de inversiones, lo que puede traducirse en una defensa real, y no solo formal, de los valores nacionales constitucionales en un contexto global.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs and Attorney Gen of Canada*. 2009 FC 580 (2009).
- Acto Legislativo 1.º de 1999, 10 de agosto de 1999, por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política. Diario Oficial 43 662. Congreso de la República.
- Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros, 30 de octubre del 2016.
- APPI v. Sri Lanka*. Caso ICSID n.º ARB/87/3, final award, 27 de junio de 1990.
- Benvenisti, Eyal. “Comments on the Systemic Vision of National Courts as part of an International Rule of Law”. *Jerusalem Review of Legal Studies* 4, n.º 1 (2012): 42-49.

Bogdandy, Armin e Ingo Venzke. *In whose name? a public law theory of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198717461.003.0002>

Burlington Resources Inc v. Ecuador. Caso ICSID n.º ARB/08/5, award, 7 de febrero del 2017.

Constitución Política de Colombia, 1991. *Gaceta Constitucional* 116.

Constitución Política de Costa Rica, 1949.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M. P. Carlos Bernal Pulido.

— Sentencia C-254, 6 de junio del 2019. M. P. José Frenando Reyes Cuartas.

— Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

— Sentencia C-379, 22 de agosto de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

— Sentencia C-494, 15 de septiembre de 1998. M. P. Hernando Herrera Vergara.

— Sentencia C-750, 24 de julio del 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

— Sentencia C-961, 21 noviembre del 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0001-14-DTI-CC, 2014 [Bolívia-Ecuador].

— Sentencia n.º 0003-13-DTI-CC, 2013 [Argentina-Ecuador].

— Sentencia n.º 010-13-DTI-CC, 2013 [España-Ecuador].

— Sentencia n.º 020-10-DTI-CC, 2010 [Gran Bretaña-Ecuador].

— Sentencia n.º 022-13-DTI-CC, 2013 [Italia-Ecuador].

— Sentencia n.º 023-10-DTI-CC, 2010 [Alemania-Ecuador].

— Sentencia n.º 026-10-DTI-CC, 2010 [Finlandia-Ecuador].

— Sentencia n.º 027-10-DTI-CC, 2010 [China-Ecuador].

— Sentencia n.º 029-10-DTI-CC, 2010 [Suecia-Ecuador].

— Sentencia n.º 030-10-DTI-CC, 2010 [Países Bajos-Ecuador].

— Sentencia n.º 031-10-DTI-CC, 2010 [Francia-Ecuador].

— Sentencia n.º 032-13-DTI-CC, 2013 [Perú-Ecuador].

— Sentencia n.º 035-10-DTI-CC, 2010 [Canadá-Ecuador].

— Sentencia n.º 038-10-DTI-CC, 2010 [Chile-Ecuador].

— Sentencia n.º 040-10-DTI-CC, 2010 [Suiza-Ecuador].

— Sentencia n.º 041-10-DTI-CC, 2010 [Venezuela-Ecuador].

— Sentencia n.º 043-10-DTI-CC, 2010 [Estados Unidos-Ecuador].

- De Brabandere, Eric. "Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law". En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, editado por Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere, 245-288. Leiden Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012.
- Declaración Interpretativa Conjunta al TLC entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 25 de mayo del 2020. http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994_DECLARACION%CC%81N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PD
- Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020. www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos-1/Francia/BIT-CO-FR-JID-Firmada-05-08-20.pdf.aspx?lang=es-CO
- Douglas, Zachary. "Can a doctrine of precedent be justified in investment treaty arbitration?". *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 25, n.º 1 (2010): 104-110.
- Eco Oro Minerals Corp v. Colombia*. Caso ICSID n.º ARB/16/41, 29 de diciembre del 2016.
- Hirschman, Albert. *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- International Law Association Study Group on Principles on the Engagement of Domestic Courts With International Law. "Final Report: Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law", Johannesburg Conference, 2016.
- International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*. Caso UNCITRAL, laudo, 26 de enero del 2006.
- Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador*. Caso ICSID n.º ARB/06/11, 5 de octubre del 2012.
- Perenco Ecuador Ltd v. Ecuador*. Caso ICSID n.º ARB/08/6, award, 27 de septiembre del 2019.
- Porterfield, Matthew C. "An International Common Law of Investors Rights". *Journal of International Law* 27, n.º 1 (2006), <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol27/iss1/2>

Presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador, “Acción de Interpretación Constitucional n.º 0002-18-IC”, 2018, http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0356323a-a987-4f3b-b416-f91d2c3ab10a/interpretacion_de_la_constitucion_0002-18-ic.pdf?guest=true.

Prieto Muñoz, José Gustavo. “Ecuador’s 2017 Termination of Treaties: How Not to Exit the International Investment Regime”. *Brazilian Journal of International Law* 14, n.º 2 (2017). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064460

Roberts, Anthea. “Comparative International Law? The Role Of National Courts In Creating And Enforcing International Law”. *International and Comparative Law Quarterly* 60, n.º 1 (2011), <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/comparative-international-law-the-role-of-national-courts-in-creating-and-enforcing-international-law/EBDD043F6476998228443DC30E419B4A>.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n.º 01307-1999, 23 de febrero de 1999.

— Resolución n.º 14831-2008, 3 de octubre del 2008.

Saluka Investments B. V. v. Czech Republic. Caso UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo del 2006.

Schill, Stephan W. “Editorial: The Constitutional Frontiers of International Economic Law”. *The Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 01 (2017): 1-8.

Tecmed c. México. Caso CIADI n.º ARB (AF)/00/2, laudo, 29 de mayo del 2003.

Titi, Catharine. “Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court”. En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019 (OUP)*, editado por Lisa Sachs y Lise Johnson. Inédito. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3530875>

Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sentencia BVerfGE 37, 29 de mayo de 1974, caso Solange I.

— Sentencia BVerfGE 73, 22 de octubre de 1986, caso Solange II.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso 26-62 (1963): NV Algemene Transport.

— Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=18323640>

Tushnet, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. *The Yale Law Journal*, n.º 108 (1999): 1225-1309.

Tzanakopoulos, Antonios. “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* 34, n.º 1 (2011): 133-168.

United Nations Conference On Trade and Development (UNCTAD). “IIA 2015 Issues Note No.1: Recent Trends in IIAs and ISDS”, 2015.

— “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, 2017.

Urueña, René y María Angélica Prada-Urbe. “Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 2019-05 (2019). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331056>.

Restableciendo el equilibrio en el derecho y la política internacional de las inversiones: el caso colombiano*

*Ana María Garcés Escobar
Mario R. Osorio Hernández*

INTRODUCCIÓN

Cuando en 1994 el presidente de Colombia Cesar Gaviria firmó los primeros acuerdos internacionales de inversión (AII)¹ negociados por Colombia, probablemente jamás se imaginó que este tipo de instrumentos serían utilizados por multinacionales para truncar las decisiones de la Corte Constitucional, máximo órgano judicial que él mismo vio forjar en 1991^[2], ni para intimidar el accionar de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia, régimen que el ahora expresidente Gaviria también ayudó a modernizar en 1992^[3].

En los últimos años, el régimen internacional de las inversiones y, en particular, el mecanismo de arbitraje internacional en materia de inversiones (AIMI) entre Estados e inversionistas, establecido bajo dicho régimen, han sido objeto de todo tipo de críticas por parte de la sociedad civil, actores

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.582>. Agradecimientos especiales al Center for the Advancement for the Rule of Law in the Americas (CAROLA) de la Universidad de Georgetown y a su director, Álvaro Santos, por las ideas y conversaciones que dieron lugar al marco teórico desarrollado en este capítulo. Asimismo, un agradecimiento a René Urueña y Álvaro Galindo por sus valiosos comentarios y sugerencias.

¹ El término AII se refiere aquí tanto a acuerdos suscritos de manera bilateral entre Estados en materia de inversión —también conocidos como acuerdos de protección y promoción recíproca de inversiones (APPRI)— como a capítulos que forman parte de acuerdos comerciales —a los que también se les llama tratados de libre comercio (TLC)— en los que se consagran reglas específicas en materia de inversión.

² Constitución Política de Colombia, 1991.

³ D. 2153/1992.

políticos e institucionales⁴, académicos⁵ e incluso árbitros encargados de dirimir estas controversias⁶. Aun cuando el número de AII ratificados ha ido disminuyendo año tras año, la cantidad de controversias presentadas por multinacionales contra Estados continúa creciendo, con 1061 disputas inversionista-Estado registradas en el mundo a enero del 2021, 296 de ellas en Latinoamérica⁷. Al momento de redactar este capítulo, se habían presentado veintiún controversias en contra del Estado colombiano, dieciocho de las cuales han dado lugar a procesos arbitrales⁸. La mayoría de

⁴ “Letter: More than 300 Civil Society Organizations from 73 Countries Urge Fundamental Reform at UNCITRAL’s Investor-State Dispute Settlement Discussions”, *Public Services International*, 30 de octubre del 2018, acceso el 10 de febrero del 2020, <http://www.world-psi.org/en/node/11693>; ISDS Platform, s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <http://isds.bilateral.org/>; Stop ISDS, s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <https://stopisds.org/>; “Corporate Attacks on Our Laws”, s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <https://www.isdscorporateattacks.org/>. Para información más general, véase Public Citizen, “Selected Statements and Actions Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”, s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, https://www.citizen.org/wp-content/uploads/selected_statements_and_actions_against_isds_1.pdf.

⁵ “An Open Letter to the Chair of UNCITRAL Working Group III and to all Participating States concerning the Reform of Investor-State Dispute Settlement: Addressing the Asymmetry of ISDS”, 13 de febrero del 2019, acceso el 10 de febrero del 2020, <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn%3Aaaid%3Aasc%3AUS%3Aa064e274-f7db-41f2-934a-7c46e6c1d208>; “230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) From NAFTA and Other Pacts”, 25 de octubre del 2017, acceso el 10 de febrero del 2020, https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf; “Editorial Opinion”, *Washington Post*, 30 de abril del 2015, acceso el 10 de febrero del 2020, [⁶ George Kahale III, “The Inaugural Brooklyn Lecture on International Business Law: ‘ISDS: The Wild, Wild West of International Practice’”, *Brooklyn Journal of International Law* 44, n.º 1 \(2018\), <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1922&context=bjil>](https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf?tid=a_inl_manual; Asia Europe People’s Forum, “Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)”, 17 de agosto del 2014, acceso el 10 de febrero del 2020, https://aepf.info/single-post/2014/08/17/Statement-of-Concern-about-Planned-Provisions-on-Investment-Protection-and-Investor-State-Dispute-Settlement-ISDS-in-the-Transatlantic-Trade-and-Investment-Partnership-TTIP; “Public Statement on the International Investment Regime”, 31 de agosto del 2010, https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Investment Policy Hub”, s.f., acceso el 27 de enero del 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

⁸ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, “Controversias defensa jurídica internacional”, s.f., acceso el 10 de junio del 2021, https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias_dji.aspx.

estas controversias, además, emanan de decisiones emitidas por la Corte Constitucional con base en acciones de tutela o de control abstracto de constitucionalidad. Entre las más recientes controversias se encuentra una que surge de una decisión, tomada en sede jurisdiccional por la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de competencia desleal⁹; otra motivada por el accionar de la Superintendencia Financiera, en virtud de inconsistencias e irregularidades en la presentación de información financiera¹⁰; y dos controversias suscitadas por medidas ambientales amparadas por la Corte Constitucional¹¹.

Al examinar estos números y considerar la manera como se ha utilizado el AIMI para frustrar todo tipo de decisiones legítimamente emitidas por órganos judiciales, en el marco de acciones que buscan velar por el interés público de una nación, no es de extrañar que este régimen esté bajo el ojo del huracán. Si bien antes era usual afirmar que los inversionistas extranjeros estaban en desventaja frente a inversionistas nacionales, hoy este paradigma se ha volcado por completo. En la actualidad, se reconoce que las multinacionales gozan de un poder exorbitante —hay multinacionales cuya riqueza es superior a la de algunos países—, poder que les ha permitido hacerse con muchas ventajas alrededor del mundo. Las multinacionales, por ejemplo, pagan proporcionalmente menos impuestos que la mayoría de contribuyentes y, en muchos casos, eluden el pago de impuestos por completo¹²; con frecuencia, gracias a su amplio poder adquisitivo, logran influir con más efectividad en el marco normativo¹³; y, en virtud de su condición

⁹ Global Arbitration Review, “Uber threatens Colombia with treaty claim over ban”, 10 de enero del 2020, <https://globalarbitrationreview.com/uber-threatens-colombia-treaty-claim-over-ban>.

¹⁰ Global Arbitration Review, “Owner of scandal-hit bank brings claim against Colombia”, 20 de mayo del 2020, acceso el 10 de junio del 2021, <https://globalarbitrationreview.com/owner-of-scandal-hit-bank-brings-claim-against-colombia>

¹¹ Global Arbitration Review, “Glencore brings third claim against Colombia”, 1.º de junio del 2021, acceso el 10 de junio del 2021, <https://globalarbitrationreview.com/glencore-brings-third-claim-against-colombia>; “Colombia faces second ICSID claim over mine expansion project”, 3 de junio del 2021, acceso el 10 de junio del 2021, <https://globalarbitrationreview.com/colombia-faces-second-icsid-claim-over-mine-expansion-project>.

¹² Scott Dyreng y Michelle Hanlon, “Tax Avoidance and Multinational Firm Behavior”, en *Multinational Corporations in a Changing Global Economy* (Washington: Brookings Institution, 2019), acceso el 12 de diciembre del 2020, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/12/Dyreng-Hanlon-12.14.19.pdf>.

¹³ Kim Song y Helen V. Milner, “Multinational Corporations and their Influence Through Lobbying on Foreign Policy”, en *Multinational Corporations in a Changing Global Economy* (Washington: Brookings Institution, 2019), acceso el 12 de diciembre del 2020, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/12/Kim_Milner_manuscript.pdf.

de multinacionales, además, suelen escaparse del brazo regulatorio del Estado¹⁴. El enorme poder con el que cuentan las multinacionales ha llevado a la proliferación de los AII y a que, a través de estos instrumentos, los inversionistas extranjeros obtengan beneficios y concesiones que posiblemente no hubieran obtenido al no ser por estos acuerdos —beneficios que, además, no se predicán para inversionistas nacionales—.

Un número importante de países ha advertido este problema. En los últimos diez años, estos países han tomado distintas medidas para retirarse del régimen internacional de las inversiones o, cuanto menos, equilibrar las reglas de juego¹⁵. Este capítulo propone que los esfuerzos recientes de este grupo de países se enmarcan alrededor de un movimiento que no solo está revirtiendo la tendencia global de internacionalizar la política de los Estados frente a las multinacionales, sino que lentamente está poniéndole fin a las desigualdades hacia inversionistas nacionales que surgen del derecho y la política internacional de las inversiones.

El presente texto pone de presente este movimiento y analiza el papel de Colombia en él. En la primera parte, este capítulo contextualiza el debate alrededor de la doctrina Calvo y explica la manera en que un grupo de países ha ido, en un mundo aun marcado por posturas anti-Calvo, reestableciendo el equilibrio en el derecho y la política internacional de las inversiones. Esta parte, además, muestra cómo las más recientes decisiones de la Corte Constitucional colombiana en la materia se encuadran dentro de este nuevo fenómeno de equilibrio. La segunda parte del capítulo describe el alcance de las sentencias C-252 y C-254 del 2019 de la Corte Constitucional en el ordenamiento internacional de las inversiones aplicable para Colombia y analiza el potencial que tienen en devolverle un sentido de equilibrio al sistema internacional de inversiones, por lo que se refiere a la red de quince AII vigentes en el país. Finalmente, el capítulo ofrece conclusiones y reflexiones.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12; Katarzyna A. Bilicka, “How Multinationals Circumvent Anti-Tax-Avoidance Regulations”, *London School of Economics and Political Science* (blog), 29 de septiembre del 2020, acceso el 12 de diciembre del 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/businessreview/2020/09/29/how-multinationals-circumvent-anti-tax-avoidance-regulations/>.

¹⁵ Con frecuencia, discusiones alrededor de “reestablecer el equilibrio” o “balancear” el régimen internacional de las inversiones se refieren a la relación entre el Estado y el inversionista, así como a los derechos y las obligaciones que del régimen surgen para ambas partes. Este capítulo no desarrolla esa discusión, sino aquellas que atienden a la relación entre inversionistas extranjeros y nacionales y el trato que reciben ambos grupos de inversionistas por parte del Estado en virtud del derecho internacional de las inversiones.

NOCIONES DE EQUILIBRIO EN EL DERECHO Y LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

A mediados del siglo XIX, el jurista argentino Carlos Calvo formuló una serie de principios básicos sobre el derecho internacional, a los cuales hoy en día se les atribuye una posición normativa conocida como *doctrina Calvo*. Con base en los preceptos de soberanía nacional, independencia, igualdad y jurisdicción territorial, Calvo proponía, entre otras cosas, que (1) los Estados tienen el derecho a estar libres de cualquier tipo de injerencia de otros Estados; (2) los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales; (3) todos los extranjeros están sometidos al imperio del derecho nacional; y (4) en caso de diferencias, los extranjeros tienen la obligación de acudir a las cortes donde residen; solo si las autoridades locales se rehúsan a impartir justicia, podrán los extranjeros pedir la intervención diplomática de su país de origen¹⁶.

Los principios de Calvo contribuyeron a cimentar una política alrededor de las inversiones internacionales no solo en Argentina, sino en Latinoamérica y alrededor del mundo, la cual se puede condensar en tres axiomas principales¹⁷:

1. El derecho internacional solo debería comprometer a los Estados a conferir trato nacional (en el sentido estricto) a los inversionistas extranjeros —como corolario de este axioma, se predica que a los inversionistas extranjeros no se les debería otorgar un trato más favorable que aquel al que están sometidos los inversionistas nacionales—.
2. El derecho nacional debería regir sobre los inversionistas extranjeros.
3. La jurisdicción sobre las controversias con inversionistas extranjeros debería ser exclusivamente nacional; por consiguiente, los inversionistas extranjeros no deberían tener el amparo de la protección diplomática, ni cualquier otra legitimación en la causa en el derecho internacional, excepto en casos de denegación de justicia o cuando hayan sido agotados los recursos legales internos.

¹⁶ Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens* (París: Rousseau, 1896), tomo I, libros II-IV, 170, 264-269, 356; tomo II, libros X-XI, 189-193, 348.

¹⁷ La utilidad de estos tres axiomas para el análisis que sigue es el producto de valiosas conversaciones con Álvaro Santos y Matthew Porterfield, de la Universidad de Georgetown, a quienes agradecemos por habérmolos traído a nuestra atención.

La doctrina Calvo fue acogida en Latinoamérica con entusiasmo entre finales del siglo XIX y principios del XX y rápidamente dio lugar a la cláusula que lleva el mismo nombre, la cual exige que las controversias con inversionistas extranjeros se resuelvan de manera exclusiva ante las cortes nacionales. Esta cláusula se propagó por toda la región, apareciendo en constituciones, leyes y tratados internacionales¹⁸.

Desde comienzos de la República, ya se reconocía en Colombia la primera de las consignas de la doctrina, aunque no en un sentido estricto, que enfatizaba en la no discriminación hacia nacionales también¹⁹. A partir de 1890, el Estado colombiano se suscribió públicamente a esta primera consigna en su versión más absoluta, acogiendo sus máximas principales en el marco de la Conferencia Panamericana²⁰. Por la misma época, también el segundo y tercer axioma de la doctrina comenzaron a aparecer: el segundo en la carta política²¹ y el tercero, en la forma de la cláusula Calvo, en tratados de amistad, comercio y navegación, como el celebrado entre Colombia

¹⁸ Para una historia más completa de la doctrina Calvo, véase Donald Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955).

¹⁹ “Todos los extranjeros de cualquiera nación serán admitidos en Colombia; ellos gozarán en sus personas y propiedades de la misma seguridad que los demás ciudadanos, siempre que respeten las leyes de la República”, Constitución de la República de Colombia, 1821, art. 183. La Constitución de 1886, en su artículo 11, consagraba un trato a extranjeros no discriminatorio sobre la base de reciprocidad y no igualdad nacional, pero el Acto Legislativo 1.º de 1936 reinstauró la no discriminación de estos con respecto a los nacionales: “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán así mismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes”, art. 5.º.

²⁰ Véase James Brown Scott, *The International Conferences of the American States 1889-1928* (Nueva York: Oxford University Press, 1931), 45: “La Conferencia Internacional de Estados Americanos recomienda a los gobiernos de los países miembro la adopción de los siguientes principios como parte del derecho internacional americano: (1) Los extranjeros tienen derecho a disfrutar de todos los derechos civiles de los que gozan los nativos; así como de los beneficios derivados de dichos derechos en todo lo que sea esencial, tanto en la forma como en lo procesal, y los recursos legales que correspondan a los mismos, absolutamente de la misma manera que dichos nativos. (2) Una nación no tiene ninguna obligación o responsabilidad a favor de los extranjeros distinta de aquellas que reconoce a favor de los nativos y que se encuentren, en casos similares, por la constitución y las leyes” (traducción propia).

²¹ “Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, Constitución de la República de Colombia, 1821, art. 10.

e Italia en 1892^[22]. A lo largo del siglo xx, surgieron toda suerte de versiones de la doctrina Calvo por Latinoamérica. El triunfo más emblemático de la doctrina ocurrió en el marco de la Novena Conferencia Panamericana, celebrada en 1948 en Bogotá, donde se levantó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (oea) y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. En este último, el cual también se conoce como el Pacto de Bogotá, se consagró el tercer axioma de la doctrina²³, mientras que en la Carta de la oea se plasmó el primero²⁴.

Hoy en día, el texto de la mayoría de constituciones políticas latinoamericanas consagra uno o varios de los tres axiomas principales de la doctrina Calvo²⁵. Un ejemplo son las constituciones de Argentina²⁶, Brasil²⁷ y Panamá²⁸, que consagran distintas versiones de la consigna de trato nacional

²² “Igualmente convienen ambas partes contratantes, animadas del deseo de evitar discusiones que pudiesen alterar sus relaciones amistosas, en que, respecto de las reclamaciones o quejas de individuos particulares en asuntos del orden civil, criminal o administrativo, no intervendrán sus Agentes Diplomáticos, sino por denegación o retardo extraordinario o ilegal de justicia, por falta de ejecución de una sentencia definitiva, o agotados los recursos legales, por violación expresa de los Tratados existentes entre las Partes contratantes, o de las reglas del Derecho Internacional, tanto Público como Privado, reconocidas generalmente por las naciones civilizadas”, L. 92/1892, art. 21

²³ “Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo”, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, 1948, art. vii.

²⁴ “La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros”, Carta de la oea, 1948, art. 16.

²⁵ El párrafo que sigue surge gracias a charlas con Álvaro Santos, quien en un comienzo nos señaló la importancia de entender la propagación de los distintos axiomas de la doctrina Calvo en Latinoamérica.

²⁶ “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”, Constitución de la Nación Argentina, 1853, art. 20.

²⁷ “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos”, Constitución Política de la República Federativa del Brasil, 1988, art. 5.º.

²⁸ “Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero esta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas

(mas no en el sentido estricto, al no referirse a la no discriminación hacia nacionales también). Otros ejemplos son las constituciones de Bolivia²⁹, Ecuador³⁰, Guatemala³¹ y El Salvador³², que proscriben amparos diplomáticos, además de la Constitución de Venezuela, la cual establece la exclusividad de la jurisdicción nacional con respecto a contratos de interés

que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales”, Constitución Política de la República de Panamá, 1972, art. 20.

²⁹ “I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera. II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable. III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos. IV. El Estado es independiente en todas las decisiones de política económica interna, y no aceptará imposiciones ni condicionamientos sobre esta política por parte de estados, bancos o instituciones financieras bolivianas o extranjeras, entidades multilaterales ni empresas transnacionales. V. Las políticas públicas promocionarán el consumo interno de productos hechos en Bolivia”, Constitución del Estado de Bolivia, 2009, art. 320.

³⁰ “Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático”, Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 307. Véase también el art. 339: “El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados. La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión”.

³¹ “Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia. No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas”, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 29.

³² “Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de la denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expedidos. No se entiende por de negación de justicia el que un fallo ejecutoriado sea desfavorable al reclamante. Los que contravengan esta disposición perderán el derecho de residir en el país”, Constitución de la República de El Salvador, 1983, art. 99.

público³³. Las cartas políticas boliviana y venezolana introducen, asimismo, la no discriminación hacia nacionales (trato nacional en el sentido estricto)³⁴. La Constitución Política de Costa Rica consagra los tres axiomas. Sin embargo, el primero se encuentra reconocido solo de forma parcial —no hay mención del trato al cual deben estar también sujetos los nacionales— y el tercero admite excepciones a través de tratados internacionales³⁵. La Constitución Política del Perú consagra versiones aún más tímidas de todos estos postulados: proclama la igualdad, pero no es enfática en si el trato nacional es estricto y, en cambio, prevé la posibilidad de retorsión. Así mismo, impone en todo contrato estatal el sometimiento de los extranjeros al derecho y la jurisdicción nacional, haciendo explícita la renuncia de estos a la protección diplomática; sin embargo, incorpora excepciones en el sector financiero y en caso de controversias derivadas de tratados internacionales³⁶. Por su lado, el texto de la Constitución de Colombia consagra el

³³ “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 151.

³⁴ Véase la nota 22 y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 301: “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

³⁵ “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”, Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949, art. 19.

³⁶ “Inversión nacional y extranjera. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”, Constitución Política del Perú, 1993, art. 63.

segundo axioma³⁷, al igual que el primero, mas no en un sentido estricto³⁸; no obstante, la versión más completa de este primer axioma encuentra su más reciente expresión en el Estatuto de Inversiones Internacionales de 1991, el cual fue derogado en el 2000^[39].

La trascendencia de la doctrina Calvo, más allá de su propagación en la región y de sus distintas manifestaciones en las constituciones latinoamericanas, es que, al propender a un mismo nivel de protección legal que debía ser conferido tanto a extranjeros como a nacionales en un determinado ordenamiento jurídico, su punto de partida era el de la igualdad y la no discriminación⁴⁰. Bajo esta concepción de la doctrina, resulta paradójico que en la última mitad del siglo xx todos los Estados de la región, con excepción de Brasil, suscribieran AII. A los ojos de esta premisa básica de la doctrina Calvo, los AII configuran una antinomia, pues a través de ellos se les confiere

³⁷ “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4.º.

³⁸ “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”, *ibid.*, art. 100.

³⁹ “Principio de igualdad en el trato. Con sujeción al artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, al artículo 15 de la Ley 9.ª de 1991, con excepción de aquellos asuntos referentes a la transferencia de recursos al exterior, la inversión de capital del exterior en Colombia, será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes. En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán conceder condiciones ni otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas privados residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas privados residentes nacionales”, Resolución 51/1991, art. 3.º.

⁴⁰ Shea, *The Calvo Clause*, 19-20. La importancia de la igualdad/no discriminación en la concepción original de la doctrina Calvo también se recoge en la literatura especializada del derecho internacional de las inversiones. Véase Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation* (Portland: Hart Publishing, 2012), 31-82; Denise Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law & Policy in International Business* 26 (1995). Sin embargo, nótese que existen quienes arguyen que, más que acabar con la desigualdad y el trato nacional discriminatorio, el objetivo inicial de la doctrina era “rechazar la superioridad o las prerrogativas imperiales de los estados poderosos y sus nacionales” e impedir la configuración de un trato de conformidad con aquel que “las potencias occidentales se otorgan entre sí y exigen para sus ciudadanos en el exterior”, Wenhua Shan, “Is Calvo Dead?”, *The American Journal of Comparative Law* 55, n.º 1 (2007): 124-126.

a los inversionistas extranjeros dos beneficios fundamentales que no están concebidos ni disponibles para inversionistas nacionales: (1) acceso al AIMI y (2) promesas más generosas en cuanto al trato estatal debido, en términos de trato justo y equitativo (TJE), expropiación indirecta y otras obligaciones típicas de estos acuerdos. La desigualdad y trato discriminatorio que surge de la proliferación de estos beneficios solo en cabeza de las multinacionales ha sido documentada a lo largo y ancho de literatura⁴¹.

En respuesta al desequilibrio causado por la exacerbada proliferación de estos beneficios otorgados a extranjeros, ha vuelto a coger corriente la doctrina Calvo⁴². Si bien estamos en un mundo aun marcado por posturas anti-Calvo, en el cual no puede hablarse de un resurgimiento de la doctrina, ni de un retorno a cada una de sus axiomas principales, sí ha tomado mayor ímpetu el nacionalismo y la protección de los intereses nacionales y, como demostraremos a continuación, se ha puesto de moda su principio más básico: la igualdad y no discriminación hacia extranjeros y nacionales. De esta manera, el régimen internacional de las inversiones ha comenzado a virar nuevamente en dirección de la revitalización de los intereses nacionales soberanos, a través del imperio de la ley y su jurisdicción, y en dirección de una más estricta igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales. Este proceso, el cual busca devolverle un sentido de “equilibrio” al derecho y la política internacional de las inversiones, se ha manifestado a través de dos ejes principales: uno jurisdiccional y otro sustantivo⁴³.

Jurisdiccional. El primer eje se apoya en la renuncia de la jurisdicción del AIMI, ya sea por vía de: (1) denuncia (o no ratificación) de los AII; (2) restricciones impuestas a los Estados (en sus constituciones o leyes internas) sobre sometimiento al AIMI; o (3) cláusulas contractuales suscritas entre Estados y contratistas, en las que las multinacionales acuerdan ventilar sus diferencias con el Estado solo en cortes nacionales o renuncian a su derecho de acudir al AIMI. En este primer eje también se encuentran los condicionamientos

⁴¹ Tan sentido fue el efecto de los AII en el mundo de la política de las inversiones internacionales que múltiples comentaristas proclamaron que la doctrina Calvo había muerto. Véase Wenhua Shan, “From ‘North-South Divide’ to ‘Private-Public Debate’: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business* 27, n.º 3 (2007), <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol27/iss3/24/>.

⁴² Así lo sostiene, por ejemplo, Álvaro Santos.

⁴³ La idea de conceptualizar el proceso en dos ejes (jurisdiccional y sustantivo) es producto del trabajo desarrollado en el seno del Center for the Advancement for the Rule of Law in the Americas (CAROLA). Para mayor información, véase CAROLA, “Investment Regime Reform Alternatives”, s.f., acceso el 19 de marzo del 2021, <http://isdslac.georgetown.edu/investment-regime-reform-alternatives>.

referentes al agotamiento de los recursos legales internos y otros mecanismos internacionales para resolver diferencias con inversionistas antes de acceder al AIMI —ya que así los recursos legales internacionales adquieren un carácter subsidiario o excepcional—. En general, este eje se compone de acciones tendientes a eliminar o restringir el acceso al AIMI, de forma tal que inversionistas, tanto extranjeros como nacionales, acudan a los mismos mecanismos de solución de controversias —igualdad en el sentido jurisdiccional—.

Sustantivo. El segundo eje, mediante el cual el régimen internacional de las inversiones se ha estado requilibrando, se refiere a (1) la eliminación de los beneficios otorgados a los inversionistas extranjeros en la forma de estándares y obligaciones de trato estatal; o (2) la alineación o realineación de dichos beneficios con los derechos y protecciones que los ordenamientos internos confieren a los inversionistas nacionales. La eliminación, por un lado, normalmente va de la mano de la denuncia de los AII, pero también se configura por medio de cláusulas contractuales, a través de las cuales inversionistas renuncian a sus derechos contenidos en AII. La alineación y realineación, por otro lado, se persigue típicamente por vía de la renegociación del AII o de interpretaciones vinculantes en materia de beneficios contenidos en AII, que reducen el margen de estos. De esta manera, este segundo eje cubre todas aquellas acciones mediante las cuales los inversionistas extranjeros y nacionales llegan a contar con los mismos beneficios y protecciones legales —igualdad en un sentido sustantivo—.

Eje 1: requilibrando los aspectos jurisdiccionales del derecho internacional de las inversiones

El primer eje bajo el cual se propende a una igualdad entre extranjeros y nacionales ante los mecanismos de solución de controversias se manifiesta, de la forma más célebre, en el Brasil. En 1994, el Gobierno brasileño incurrió en la firma de AII. El Estado llegó a negociar catorce AII que otorgaban acceso al AIMI; sin embargo, en gran medida debido a la presión ejercida desde el partido de oposición, el Partido dos Trabalhadores, dichos acuerdos jamás fueron ratificados. No obstante, desde 2013, el Estado brasileño optó por impulsar su propia familia de acuerdos internacionales en materia de inversión: los llamados acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI)⁴⁴. A diferencia de los AII tradicionales, estos acuerdos

⁴⁴ “Presentación General del Modelo Brasileño de Acuerdos de Inversión”, Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presencacao-General-ACFI-ES.pdf>.

(de los cuales, a la fecha, se han firmado once) están predichos sobre la base de la promoción de inversiones, no de su protección. Además, por lo que se refiere a la prevención y resolución amigable de diferencias, los ACFI prescinden del AIMI y disponen de un mecanismo centralizado (*ombudsman* o punto focal) para recibir inquietudes y reclamos de los inversionistas. Solo como último recurso, los ACFI prevén la posibilidad de iniciar un arbitraje internacional entre Estados, mas no entre inversionistas y el Estado.

Ecuador es otro caso ejemplar de este primer eje. El Gobierno ecuatoriano comenzó a denunciar sus AII en el 2008, mismo año en el que se introdujo una nueva Constitución, que prohibía “celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”⁴⁵. Luego, en el 2013, tras verse involucrado en veinticuatro controversias inversionista-Estado y ser condenado a pagar 2300 millones de dólares a la petrolera multinacional Occidental⁴⁶, el Ecuador creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA)⁴⁷. En 2017, la CAITISA publicó su informe y recomendó al Estado, entre otras, concluir la denuncia de su red de AII, abandonar por completo el AIMI y propender a resolver los distintos reclamos de multinacionales en cortes nacionales⁴⁸. Ese año, el Estado ecuatoriano comenzó a ejecutar una nueva política en materia de inversión y denunció los AII que no se habían

⁴⁵ “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”, Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 422.

⁴⁶ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, caso LCIA n.º UN3467, final award, 2004; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/06/11, final award, 2012.

⁴⁷ Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <https://caitisa.org/>.

⁴⁸ CAITISA, *Informe ejecutivo: auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador* (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2017), 99 y 104.

terminado en el 2008. El caso boliviano es similar. La Constitución de Bolivia del 2009 proscribió la posibilidad de pactar AIMI en relación con el sector de hidrocarburos⁴⁹; ese mismo año, el Gobierno boliviano inició la denuncia de sus AII. Para el 2014, Bolivia había terminado toda su red de AII, excepto el acuerdo con Ecuador, el cual fue terminado en el 2018^[50].

Por fuera de la región latinoamericana, un número importante de países también han buscado equilibrar su régimen de inversiones internacionales a través de la eliminación del acceso al AIMI⁵¹. Por ejemplo, en el 2010, Suráfrica optó por denunciar casi la mitad de sus AII en vigor y cancelar la ratificación de los acuerdos ya firmados, así como no celebrar nuevos acuerdos y dejar extinguir aquellos que consagraban una fecha de vencimiento. En el 2011, el Gobierno australiano anunció que no incluiría más el AIMI en sus AII y recientemente, además, se comprometió a eliminar dicho mecanismo de todos aquellos acuerdos ya suscritos. En el 2014, Indonesia advirtió que acabaría con su red de AII (a la fecha, el país insular ha terminado veinticuatro de sus acuerdos). Siguiendo estos ejemplos, a comienzos del 2016, India inició la denuncia de sus AII (sesenta y siete en total, a la fecha), dejando vigente solo aquellos cuyo término inicial de vigencia no se había cumplido. En el 2017, el recién posesionado Gobierno neozelandés también advirtió que no volvería a negociar AII con AIMI; de esta manera, en el 2018, el Gobierno acordó formar parte del Acuerdo Global y Progresivo para la Asociación Transpacífico, pero sin someterse a la aplicación del AIMI. Finalmente, Pakistán, país que fue el pionero del régimen, pues suscribió en 1959 junto con Alemania el primer AII, recientemente anunció que denunciaría veintitrés de sus acuerdos, no ratificaría dieciséis que ya están concluidos y, al igual que India, buscaría atenuar los efectos de aquellos cuyo término inicial de vigencia no se había cumplido aún.

El caso sudafricano es de particular interés, pues la paradoja que rodea a quien en ese país firmara los primeros AII es tan singular como la que

⁴⁹ “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”, Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009, art. 366.

⁵⁰ Adicionalmente, tanto Ecuador y Bolivia como Venezuela se han retirado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

⁵¹ Sin embargo, nótese que con frecuencia la denuncia de AII no hace efectiva la eliminación del acceso al AIMI, pues muchos de estos tratados están sujetos a cláusulas de supervivencia o remanencia que típicamente alargan su período de vida diez o veinte años después de la denuncia.

hoy puede predicarse en cabeza del expresidente colombiano Cesar Gaviria. En 1994, Nelson Mandela, el primer presidente pos-Apartheid de Suráfrica, incursionó en la firma de AII. Posteriormente, su sucesor, el presidente Thabo Mbeki, se puso en la tarea de prescribir un nuevo código de minas y una ley de minas y de hidrocarburos⁵², que, de la mano del Estatuto para el Empoderamiento Económico de la Población de Raza Negra⁵³, ayudaría a corregir la enorme desigualdad a la que había estado —y seguía estando— sometida la población de raza negra, en el que es hoy el país más desigual del mundo⁵⁴. La legislación obligaba a toda compañía del sector minero a otorgar al menos 26 % de sus acciones a surafricanos históricamente desaventajados y a implementar una política laboral que promoviera que al menos 40 % de sus directivos fuesen surafricanos históricamente desaventajados. Esta medida no fue bien recibida por la minera multinacional Foresti, la cual, en el 2006, bajo el AII con Italia, presentó un reclamo al Estado surafricano por 375 millones de dólares⁵⁵. Gracias a la demanda, Foresti obtuvo concesiones del presidente Mbeki en la forma de excepciones a la legislación, que permitieron a la compañía cumplir con sus obligaciones redistributivas al crear un austero programa, por medio del cual sus trabajadores llegaron a adquirir solo el 5 % de sus acciones⁵⁶. Poco después de este episodio, el Ministerio de Comercio e Industria de Sudáfrica decidió someter todo su régimen de inversiones internacionales a revisión integral. Gracias a esta revisión, en la cual participaron múltiples carteras del Estado sudafricano, el Gobierno promulgó una nueva normativa sobre protección de inversiones que prescindió del AIMI, a preferencia del arbitraje entre Estados, y condicionó esta modalidad de arbitraje al agotamiento de los recursos legales internos⁵⁷.

Aunque de forma tímida, varios países han buscado condicionar el AIMI al agotamiento de recursos legales internos, ya sea de forma total —negando acceso al AIMI hasta que las cortes nacionales en las distintas instancias se hayan pronunciado sobre el asunto— o parcial —obligando a los inversionistas a agotar los recursos administrativos locales y acudir a las

⁵² L. 28/2002 de Sudáfrica.

⁵³ L. 53/2003 de Sudáfrica.

⁵⁴ Para información de desigualdad con base en el índice de Gini, véase World Bank Group, “Gini index”, s.f., acceso el 10 de febrero del 2020, <https://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI>.

⁵⁵ *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*, caso ICSID n.º ARB(AF)/07/1, final award, 2010.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ L. 22/2015 de Sudáfrica, sección 13.

cortes nacionales por un periodo de tiempo predeterminado antes de optar por el arbitraje⁵⁸. Ejemplos sobresalientes son el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), el Código Panafricano de Inversiones y los AII modelo de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, de la Comunidad Africana Oriental y de India.

En este último sentido, Colombia no es un país completamente ajeno al equilibrio jurisdiccional del AIMI. El modelo colombiano de AII del 2017 exige agotar los recursos administrativos locales⁵⁹. Los AII de Colombia con Costa Rica y España siguen este mismo curso. Los AII de Colombia con los Estados Unidos y Canadá disponen que los inversionistas deben realizar todos los esfuerzos por agotar la vía gubernativa colombiana, y que aquellos inversionistas que no la agoten deban notificar al Estado de su intención de someter un reclamo, con nueve meses de anticipación. El AII con Corea permite al Estado exigir que se inicien los procedimientos internos administrativos y prevé un periodo de ocho meses antes de acudir al arbitraje. Adicionalmente, los AII de Colombia con China, Perú, Reino Unido y El Salvador, Guatemala y Honduras (Triángulo del Norte de Centroamérica) imponen a los inversionistas la carga de agotar la vía administrativa por un término mínimo de seis meses antes de acudir al arbitraje. Estos esfuerzos, si bien no eliminan el desequilibrio jurisdiccional, pues por medio de ellos los inversionistas extranjeros aún cuentan con acceso al AIMI, representan unos pasos tímidos por restablecer la igualdad jurisdiccional entre inversionistas extranjeros y nacionales.

Un episodio concreto en el que se buscó en Colombia igualar el acceso a la justicia entre inversionistas extranjeros y nacionales concierne la contratación estatal. En el 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) decidió incluir una cláusula tipo en su minuta de contrato, por medio de la cual los contratistas prescindían del derecho de acudir al AIMI⁶⁰. Este tipo de cláusulas han surgido en contratos con otros Estados, como Argelia,

⁵⁸ Véase Martin Dietrich Brauch, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law* (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development [IISD], 2017), 7-12, acceso el 10 de febrero del 2020, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>

⁵⁹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. “Acuerdo de Inversiones [tipo de] la República de Colombia, 2017”: “Artículo [##] Requisitos para someter un Reclamo a Consultas: [...]”. 3. Para presentar un reclamo a Consultas en los términos de este Artículo, los Recursos Administrativos Locales, tal como están definidos en el Anexo 5, deberán ser agotados”. Copia con los autores.

⁶⁰ Agencia Nacional de Infraestructura, “Minuta de contrato de concesión bajo el esquema de APP”, s.f., acceso el 2 de marzo del 2020, https://lbrcdn.net/cdn/files/gar/articles/PPP_Model_Contract.pdf

Indonesia, Suráfrica y Venezuela⁶¹. Si bien en ocasiones la efectividad de cláusulas para sustraer los asuntos de una controversia de la jurisdicción del AIMI ha sido cuestionada⁶², renunciaciones bien formuladas, como las contenidas en la minuta de la ANI del 2013, tienen el potencial de igualar las condiciones de los mecanismos de resolución de controversias a los que los inversionistas extranjeros y nacionales tienen derecho. Su configuración en Colombia fue incipiente, sin embargo, dado que, por supuestos choques entre la ANI y la comunidad de inversionistas en Colombia —respaldada por el Ministerio de Comercio—, poco después de introducidas en la minuta de la ANI, este tipo de cláusulas se suprimieron⁶³.

Un último ejemplo notorio —y reciente—, mediante el cual se ha ido restableciendo la igualdad jurisdiccional entre inversionistas extranjeros y nacionales, incumbe a la Unión Europea. Durante años, intervenciones de todo tipo han cuestionado la compatibilidad de los AII con el derecho de la Unión Europea; además, al menos desde el 2015, la Comisión Europea ha exhortado a los Estados miembros de la Unión Europea a denunciar los AII suscritos entre miembros de esta, con el argumento de que estos acuerdos fragmentan el mercado europeo único, al conferir, por su carácter bilateral, beneficios solo a inversionistas de algunos Estados miembros⁶⁴. Para el 2015, Italia ya había tomado la iniciativa, logrando cancelar sus AII con países de la Unión Europea, al igual que retirarse del Tratado de la Carta de la Energía. Posteriormente, en el 2018, luego de que por cambios en su política de salud un tribunal de arbitramento le ordenara a Eslovaquia a

⁶¹ Global Arbitration Review, “Colombia asks investors to waive treaty rights”, 21 de noviembre del 2013, acceso el 10 de febrero del 2020, <https://globalarbitrationreview.com/colombia-asks-investors-waive-treaty-rights>.

⁶² Véase *Crystallex v. Venezuela*, caso ICSID n.º ARB(AF)/11/2, 2016. En este caso, el tribunal se atribuye jurisdicción, pues arguye que una cláusula por la cual un inversionista se compromete a ventilar todas las diferencias del contrato en cortes nacionales no indica que el inversionista haya renunciado al AIMI. Nótese que en este caso la cláusula en cuestión no indicaba una expresa renuncia al AIMI, sino un compromiso a resolver todas las diferencias en foros nacionales. Véase también *MNSS v. Montenegro*, caso ICSID n.º ARB(AF)/12/8, 2016. En este caso, si bien el tribunal le da validez a la renuncia, esta no es efectiva, pues el tribunal de todas formas se confiere jurisdicción en relación con inversiones no cubiertas por el contrato. Nótese que en este segundo caso el inversionista prescindía de los beneficios contenidos en el AII y no del derecho a acudir al AIMI.

⁶³ Global Arbitration Review, “Colombia drops treaty claim waiver provision”, 13 de diciembre del 2013, acceso el 10 de febrero del 2020, <https://globalarbitrationreview.com/article/1032872/colombia-drops-treaty-claim-waiver-provision>.

⁶⁴ Comisión Europea, “La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión intra-UE”, 18 de junio del 2015, acceso el 11 de febrero del 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_15_5198.

pagar 22,1 millones de euros a la compañía holandesa de seguros Achmea⁶⁵, el Tribunal de Justicia Europeo determinó que cláusulas de AIMI del tipo contenido en el AII entre Eslovaquia y los Países Bajos eran inconsistentes con los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶⁶. Esta decisión ha eliminado la desigualdad de trato jurisdiccional entre inversionistas extranjeros y nacionales provenientes de la Unión Europea, puesto que, en virtud de ella, veintitrés de los veintisiete países miembros de la Unión Europea decidieron terminar los 123 AII suscritos entre ellos⁶⁷. Si bien esta decisión no propende a la eliminación del acceso discriminatorio al AIMI con respecto a nacionales de la Unión Europea y extranjeros no residentes de esta, si marca un hito en la materia, pues configura el caso más conocido en el que un cuerpo judicial (y no el ejecutivo) toma armas en el asunto, restableciendo la igualdad jurisdiccional entre un grupo (intracomunitario) de inversionistas extranjeros y nacionales.

Eje 2: requilibrando los beneficios sustantivos que se confieren a través del derecho internacional de las inversiones

No toda renegociación o interpretación vinculante iguala los beneficios que reciben los inversionistas extranjeros y nacionales. Si bien la tendencia reciente, por lo que se refiere a mejoras y aclaraciones a los AII, consiste en incrementar el margen de maniobra de los Estados, salvaguardando su potestad regulatoria, no todos los cambios efectivamente alinean los beneficios dados por los AII con los derechos y protecciones que los ordenamientos internos confieren a los inversionistas nacionales. Un modelo de interpretación vinculante cuyo objetivo es alinear los beneficios sustantivos entre inversionistas extranjeros y nacionales se encuentra en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros. La declaración interpretativa conjunta de dicho acuerdo establece que este “no dará lugar a tratos más favorables hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los inversionistas nacionales”⁶⁸.

⁶⁵ *Achmea B. V. (formerly Eureko B. V.) v. The Slovak Republic (I)*, caso PCA n.º 2008-13, final award, 2008.

⁶⁶ Tribunal de Justicia Europeo, Gran Sala. Sentencia del 6 de marzo del 2018, Asunto C-284/16.

⁶⁷ Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea, 5 de mayo del 2020.

⁶⁸ Joint Interpretative Declaration on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, Ref. 12865/16, General Secretariat of the Council, 10 de octubre del 2016.

Procesos de denuncia de AII como los de Bolivia, Ecuador, India, Indonesia, Pakistán y Suráfrica, referidos anteriormente, también tienen el objetivo de eliminar los beneficios conferidos por el derecho internacional y equiparar, en principio, las condiciones bajo las cuales inversionistas extranjeros invierten en un mercado nacional⁶⁹. Al mismo tiempo, medidas distintas a la plena denuncia pueden llegar a tener un efecto similar. T-MEC es un buen ejemplo: suscrito en el 2018 (con modificaciones en el 2019) esencialmente a petición del Gobierno de los Estados Unidos, y como parte de medidas que el presidente Donald Trump había prometido tomar para promover que las multinacionales americanas contrataran mano de fuerza americana e invirtieran más en Estados Unidos que en México o Canadá, el T-MEC incursionó en dos procesos singulares de realineación. Primero, el T-MEC eliminó los beneficios y concesiones que se habían acordado entre Estados Unidos y Canadá bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁷⁰; este hecho fue celebrado tanto por políticos de derecha como de izquierda en los Estados Unidos, puesto que le puso fin a dudas sobre los mayores privilegios a los que podrían hacerse inversionistas canadienses en desmedro del principio de “no mayores derechos”, en virtud del cual el presidente estadounidense está investido con poderes para negociar los AII de su país⁷¹. Segundo, su capítulo de inversión, el capítulo catorce, eliminó beneficios antes dados a inversionistas mexicanos y estadounidenses bajo el TLCAN, como TJE y expropiación indirecta, excepto para unos sectores específicos de la industria, como hidrocarburos, telecomunicaciones, transporte, ciertas infraestructuras y energía.

⁶⁹ Véase, sin embargo, nota al pie 49.

⁷⁰ El T-MEC también eliminó los beneficios y concesiones que se habían acordado entre México y Canadá, pero, dado que ambas partes suscribieron el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico, que sigue un modelo típico de AII, dichas concesiones técnicamente solo cambiaron del instrumento que las cobijaba.

⁷¹ Véase Código n.º 19 de los Estados Unidos de América, sección 4102(b)(4): “los principales objetivos de negociación de los Estados Unidos con respecto a la inversión extranjera son reducir o eliminar las barreras artificiales o aquellas que distorsionan el comercio internacional y afectan la inversión extranjera, garantizando también que a los inversionistas extranjeros en los Estados Unidos no les sean otorgados mayores derechos sustantivos que aquellas protecciones de inversión que les son otorgadas a los inversionistas nacionales de los Estados Unidos” [traducción propia]. Este mandato se remonta al año 2002 —Trade Act of 2002, sección 2102(b)(3)— y, aun cuando en el 2007 se prometió incluirlo en el preámbulo de los AII negociados por los Estados Unidos (Office of the United States Trade Representative, “Bipartisan Agreement on Trade Policy: Investment”, mayo del 2007, acceso el 11 de julio del 2020, https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file146_11282.pdf), solo el AII entre Estados Unidos y Corea contiene referencia a este.

El caso de India también se destaca en materia de realineación de beneficios sustantivos, puesto que, junto con las denuncias a AII, el Gobierno de la India acordó una serie de notas interpretativas a sus AII con cláusulas de supervivencia o remanencia y circuló un nuevo modelo de AII que reduce significativamente el alcance tradicional de los beneficios. La lucha india por la igualdad de condiciones sustantivas entre inversionistas se remonta al 2011, año en el cual un tribunal ordenó al Estado indio pagar 4 millones de dólares australianos a White Industries, una multinacional australiana, por razón de demoras judiciales al momento de hacer efectivo un laudo arbitral contra la empresa Coal India Limited⁷². Si bien el monto de la condena no fue tan alto, el caso suscitó mucha controversia en India, pues, a través del principio de “nación más favorecida” (NMF), White Industries se hizo valer de un beneficio que no estaba contenido en el AII con Australia, bajo el cual el inversionista avocaba protección: el estándar de “medios efectivos”, para hacer efectivas las reclamaciones y los derechos con respecto a las inversiones, contenido en cambio en el AII entre India y Kuwait. Luego de esta disputa, surgió una ola de reclamos contra el Estado indio, que a su vez dio lugar a un replanteamiento fundamental de la política de la India en materia de inversiones internacionales. En el 2016, India inició la denuncia de sus AII, modificó su AII modelo y eliminó importantísimos beneficios antes ofrecidos a inversionistas extranjeros, incluidos el de NMF y el de TJE (protección más conocida de los AII)⁷³. Además, como se dijo, el Gobierno indio buscó convenir notas interpretativas a veinticinco AII, incluido el AII entre India y Colombia.

RESTABLECIENDO EL EQUILIBRIO EN MATERIA SUSTANTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES APLICABLE PARA COLOMBIA

En este ámbito de interpretaciones vinculantes, el reciente caso colombiano resulta de particular interés. En el 2019, como se recoge en otros capítulos de este libro, la Corte Constitucional profirió las sentencias C-252 y C-254, en ejercicio de sus atribuciones sobre el control abstracto de constitucionalidad de los tratados internacionales⁷⁴. Dichas providencias se pronunciaron sobre la constitucionalidad de los AII suscritos por el Gobierno

⁷² *White Industries Australia Limited v. Republic of India*, caso UNCITRAL, final award, 2011.

⁷³ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2016. Artículos 3-4.

⁷⁴ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241.10.

colombiano con Francia e Israel, respectivamente. Si bien las sentencias significaron una interferencia judicial en el régimen internacional de las inversiones aplicable en Colombia, estas no configuran la primera vez que se injiere en este régimen por medio de sentencias de control de constitucionalidad. Al menos en cuatro ocasiones anteriores la Corte Constitucional había declarado inexecutable provisiones de AII suscritos por el Gobierno colombiano⁷⁵.

El texto original de la Constitución Política de Colombia autorizaba la expropiación sin indemnización por razones de equidad⁷⁶. Por consiguiente, en 1996 (dos veces), 1997 y 1998 la Corte declaró inconstitucionales las disposiciones de los AII suscritos por el Gobierno que versaban sobre expropiación, buscando en sus sentencias salvaguardarle al Estado el derecho a tomar medidas previstas en su carta superior. Estas cuatro sentencias, además, se adelantaron a los tiempos, puesto que, pese a que en esa época se conocía poco sobre las contingencias de los AII, en ellas imperó cierta preocupación por amparar la potestad regulatoria del Estado. De esta manera, en dichas sentencias la Corte también condicionó el alcance de los beneficios otorgados con respecto a trato nacional y NMF, reservando, por razones de orden público, el derecho del Estado colombiano a “subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”, tal como se consagra en la Constitución Política⁷⁷. Las mencionadas sentencias se referían a los AII con Cuba, España, Perú y Reino Unido. En 1999, el Acto Legislativo 1.º eliminó la expropiación sin indemnización, razón por la cual la Corte dejó de objetar los AII posteriormente suscritos por el país⁷⁸. Muchos años después de que el Acto Legislativo 1.º de 1999 entrara en vigencia, Colombia ratificó los AII con España (2007), Perú (2010) y Reino Unido (2012); por lo tanto, estos acuerdos

⁷⁵ C. Const., Sent. C-358, ago. 14/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; C. Const., Sent. C-379, ago. 22/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C. Const., Sent. C-008, ene. 23/1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C. Const., Sent. C-494, sept. 15/1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁷⁶ “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 58.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 100.

⁷⁸ Colombia y Brasil eran los únicos países que a comienzos de los años noventa no habían ratificado AII en Latinoamérica. En el primer AII que Colombia refrendó, el Estado se reservó en su totalidad el artículo sobre expropiación y se aseguró de especificar que las disposiciones del acuerdo se cumplirían “de conformidad con sus disposiciones constitucionales”.

fueron adoptados en sus versiones originales, sin contemplar la posibilidad de una expropiación sin indemnización.

No obstante, las sentencias C-252 y C-254 marcaron un hito en Colombia. Las providencias restituyeron la igualdad estricta entre inversionistas extranjeros y nacionales, una postura que desde el Estatuto de Inversiones Internacionales de 1991 no tenía precedentes en el país. En las citadas sentencias, la Corte Constitucional encontró que los AII con Francia e Israel otorgaban protecciones a inversionistas extranjeros que no eran concedidas a inversionistas nacionales y que dichas protecciones podrían resultar más beneficiosas que las dispuestas por el ordenamiento interno a inversionistas nacionales. Teniendo en cuenta esta disparidad, la Corte decidió intervenir en favor del derecho a la igualdad que les asiste a todas las personas en el país, en virtud del artículo 13 de la Constitución Política. La Corte declaró los mencionados AII exequibles, a condición de que el Gobierno colombiano adoptara una declaración interpretativa conjunta con los Gobiernos francés e israelí, que impidiera que las disposiciones de estos AII se interpretaran en el sentido de otorgar “tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales”⁷⁹. Aunque la Constitución Política no contiene una disposición que, con referencia a los inversionistas extranjeros, regule el trato que se le debe conferir a los inversionistas nacionales, del principio de igualdad, contenido en su artículo 13, la Corte infirió un mandato que consiste en “tratar en condiciones de igualdad a todos los inversionistas y a todas las inversiones nacionales en Colombia respecto de los extranjeros”⁸⁰. De esta manera, la Corte restableció la consigna de no discriminación hacia los nacionales en Colombia y le devolvió un sentido estricto de equilibrio a los beneficios sustantivos que emanan de los AII —con Francia e Israel, en concreto—.

La Corte Constitucional, además, no paró ahí. El máximo órgano constitucional también decidió sopesar el articulado de los AII con Francia e Israel con los preceptos, entre otros, de seguridad jurídica y soberanía nacional, consagrados en la carta política, decisión cuyo efecto también fue limitar el alcance de los beneficios a los inversionistas extranjeros e igualar, por otra vía, las condiciones entre estos y los inversionistas nacionales. La Corte nunca antes había ejercido sus atribuciones de control de constitucionalidad sobre los AII con el nivel de escrutinio y alcance de las sentencias

⁷⁹ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, “Resuelve”, párrs. 120; C. Const., Sent. C-254, jun. 6/2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, “Resuelve”, párrs. 115-116.

⁸⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, párr. 110.

C-252 y C-254 del 2019^[81]. Por consiguiente, en lo que resta de este capítulo se desglosarán estas decisiones, para entender su impacto sobre el derecho internacional de las inversiones aplicable para Colombia. El interés es diagnosticar el alcance que estas sentencias podrían tener, en el sentido de equiparar los beneficios sustantivos a los que tendrían derecho los inversionistas extranjeros en relación con los inversionistas nacionales, por lo que se refiere a los AII en vigor en el país; sin embargo, no se busca determinar si la Corte Constitucional se excedió en sus atribuciones⁸² o si hay lugar a que esta se pronuncie en un futuro sobre los AII respecto de los cuales se ha aplicado otro nivel de escrutinio en el pasado⁸³. En otras palabras, el objetivo de las siguientes secciones es evaluar en qué medida estas sentencias pueden servir como base para cimentar la no discriminación entre inversionistas extranjeros y nacionales, por lo que se refiere a los beneficios sustantivos que emanan del derecho internacional de las inversiones aplicable para Colombia.

Alcance de las sentencias C-252 y C-254 del 2019 de la Corte Constitucional

Para entender el alcance de las providencias C-252 y C-254, en el sentido de igualar las condiciones sustantivas entre inversionistas extranjeros y nacionales, resulta útil comenzar con la primera, la Sentencia C-252 del 2019, que versa sobre el AII con Francia. En esta sentencia —a diferencia de la Sentencia C-254 del 2019, en la cual se estudia todo un TLC con Israel— se someten a escrutinio solo obligaciones en materia de inversión. Además, esta arroja un mayor número de condicionamientos de exequibilidad. Adicionalmente, esta sentencia es más rigurosa, en cuanto marca un nuevo precedente; el análisis es más meticuloso, y en ella se sustentan con más cuidado las razones y los alcances del fallo. La Sentencia C-254 del 2019, en cambio, cae en una serie de ligerezas y descuidos que merecerán

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 38-72.

⁸² *Ibid.*, aclaración de voto y salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, párrs. 1-6.

⁸³ La Corte no parece descartar esta opción del todo, puesto que, si bien en el párrafo 72 afirma que la Sentencia C-252 bajo ningún entendido podría afectar las decisiones relacionadas con los AII ya ratificados por Colombia, en el mismo párrafo declara que dicha providencia marca un nuevo precedente con efectos vinculantes y en otro párrafo, el 48, sostiene (citando la sentencias C-864 del 2006 y C-446 del 2009) que preceptos de tratados internacionales podrán ser revisados “mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales y legales reconocidas en la Carta Fundamental”.

anotaciones más adelante. Por estas razones y por límites de espacio, el punto de partida y eje natural para el análisis que sigue es la Sentencia C-252 del 2019; no obstante, a lo largo de esta sección se resaltarán las similitudes y las diferencias entre ambas sentencias.

Los textos de los AII con Francia e Israel son muy parecidos. Ambos extienden los beneficios típicos del régimen internacional de las inversiones a inversionistas extranjeros —como TJE, trato nacional, trato de NMF y el trato debido frente a la expropiación directa e indirecta— y ambos admiten el AIMI; sin embargo, debido a la misma naturaleza de su configuración, los textos también son diferentes. En relación con la obligación de TJE, por ejemplo, el AII con Francia se refiere al trato que resulta “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio⁸⁴”, mientras que el AII con Israel se refiere al trato debido “de acuerdo con las disposiciones de este capítulo y el derecho internacional consuetudinario⁸⁵”. Adicionalmente, en materia de trato nacional, NMF y expropiación, el AII con Francia aclara que los Estados pueden tomar medidas de orden público, siempre que estas sean “necesarias y proporcionales” para cumplir el objetivo buscado. En el AII con Israel no se incluye un texto similar.

Si bien el estudio de la Corte en la Sentencia C-252 del 2019 cubre todo el articulado del AII con Francia, su análisis se centra mayoritariamente en tres disposiciones del acuerdo: las del estándar mínimo de trato (artículo 4.º), trato nacional y trato de NMF (artículo 5.º) y expropiación e indemnización (artículo 6.º). Estas disposiciones contienen las protecciones más contenciosas del régimen internacional de las inversiones⁸⁶. La tabla 2.1 resume las consideraciones de la Corte en la Sentencia C-252 en referencia a estas disposiciones y la conexión que existe con la Sentencia C-254.

⁸⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 14 de octubre del 2020, art. 4.º. https://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/francia_1.pdf

⁸⁵ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 11 de agosto del 2020, capítulo 10: “Inversión”, art. 10.3. <https://www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos/Israel/TLC-CO-ISR-CAPITULO-10-INVERSION.pdf.aspx?lang=es-CO>

⁸⁶ De acuerdo con la UNCTAD, el 90 % de las disputas se refieren a reclamos por expropiación (directa o indirecta), el 83 % a reclamos por TJE y 40 % a reclamos por trato nacional y NMF. Véase UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, s.f., acceso el 22 de febrero del 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

TABLA 2.1. Consideraciones de la Corte Constitucional
en la Sentencia C-252 del 2019

Artículo 4.º: estándar mínimo de trato —expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, a condición de que las partes contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.	La Corte argumenta que la forma en la que está redactada esta expresión deja dudas con respecto al alcance del estándar mínimo de trato debido por el Estado colombiano. Para la Corte, la frase “derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante” podría interpretarse de manera que el estándar mínimo de protección debido sea aquel que resulte conforme al derecho internacional consuetudinario o aquel que incluya todos los estándares de protección contenidos en AII suscritos por Francia. Por lo tanto, la Corte considera que su redacción es contraria a los artículos 1.º (principio de seguridad jurídica) y 9.º (principio de soberanía nacional) de la Constitución ⁸⁷ .	El AII con Israel contiene la expresión “de acuerdo con las disposiciones de este capítulo y el derecho internacional consuetudinario”, la cual sí especifica el derecho con base en el que se ha de aplicar el estándar mínimo de trato. Por ende, la Corte no condiciona su alcance en la Sentencia C-254.
Artículo 4.º: estándar mínimo de trato —expresión “ <i>inter alia</i> ”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico y no aditivo.	La Corte considera que la frase “ <i>inter alia</i> ” da lugar a interpretaciones muy abiertas, hasta el punto de dejar indeterminado el contenido de la obligación de TJE, lo cual podría generar una indeterminada responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a inversionistas franceses. Esta textura abierta de la obligación, además, permite que sea un tribunal el que, de manera <i>ex post</i> , determine su alcance. Ambas situaciones resultan, para la Corte, contrarias al artículo 1.º (principio de seguridad jurídica) de la carta política ⁸⁸ .	El AII con Israel no contiene la expresión “ <i>inter alia</i> ” en relación con TJE. Por lo tanto, la Corte no condiciona su alcance en la Sentencia C-254.

(Continúa)

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 204.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 208.

Artículo 4.º: estándar mínimo de trato —expresión “expectativas legítimas”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, a condición de que las partes contratantes definan qué debe entenderse por “expectativas legítimas”, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante, que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas, los cuales afecten su inversión.	Según la Corte, el concepto de “expectativas legítimas” se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico colombiano bajo el principio de confianza legítima (artículo 83 de la Constitución, de acuerdo con el cual “las autoridades públicas están obligadas a preservar un comportamiento consecuente respecto de actos u actuaciones anteriores [...] salvo que exista un interés público imperioso contrario”). Sin embargo, la Corte expresa preocupación frente a las distintas interpretaciones y alcances que se le ha dado a esta frase en el AIMI. Según la Corte, no hay una definición uniforme y consistente en relación con el alcance de esta expresión, situación que genera incertidumbre jurídica, contraria al artículo 1.º (seguridad jurídica) de la Constitución ⁸⁹ .	El AIH con Israel no contiene la expresión “expectativas legítimas”. Por lo tanto, la Corte no se refiere a esta expresión en la Sentencia C-254.
Artículo 5.º: trato nacional y nación más favorecida —expresión “situaciones similares”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.	La Corte expresa preocupación sobre la falta de una interpretación uniforme y generalizada de la expresión “situaciones similares” contenida en las obligaciones de trato nacional y NMF. En ambas obligaciones es necesario comparar el trato que recibe un inversionista extranjero frente a: (1) competidores similares nacionales (trato nacional) y (2) competidores similares de nacionalidades distintas a las de partes contratantes (NMF). Sin embargo, la Corte señala que los tribunales han establecido umbrales diferentes para determinar si dos inversionistas o inversiones se encuentran en condición de similitud. Para la Corte, la falta de un estándar uniforme genera incertidumbre jurídica e inseguridad acerca de los hechos que podrían dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado ⁹⁰ .	En la Sentencia C-254, la Corte no condiciona la expresión hermana de “circunstancias similares” contenida en el AIH con Israel.

(Continúa)

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 211.⁹⁰ *Ibid.*, párr. 246.

Artículo 5.º: trato nacional y nación más favorecida —término “trato”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.	La preocupación de la Corte con respecto a la expresión “trato”, que se encuentra tanto en la obligación de trato nacional como en la de NMF, se limita únicamente a esta última. La interpretación que algunos tribunales le han dado a la cláusula de NMF ha llevado a que en ocasiones se importen beneficios contenidos en otros AII suscritos por el Estado demandado que no se encuentran en el AII suscrito con el Estado de nacionalidad del inversionista. Este efecto ha sido ampliamente criticado, como lo reconoce la Corte. Para la Corte, incluir una cláusula que permitiría importar obligaciones de otros AII es contrario a la competencia del presidente de la República de negociar distintos acuerdos con distintos países y dirigir la política internacional económica del país, prescrita en el artículo 189.2 de la carta política ⁹¹ .	En la Sentencia C-254, la Corte declara la exequibilidad condicionada de la expresión “trato” por las mismas razones acá expuestas.
Artículo 5.º: trato nacional y nación más favorecida —expresión “necesarias y proporcionales”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales, para efectos de garantizar el orden público.	Esta expresión se inserta en distintas obligaciones con el fin de salvaguardar el espacio regulatorio del Estado, permitiéndole así tomar medidas de orden público, siempre que estas sean “necesarias y proporcionales” para cumplir el objetivo de orden público buscado. Esta expresión está inspirada en el derecho internacional de la Organización Mundial del Comercio. Dejar su interpretación a los tribunales de AIMI sin limitar su alcance, estima la Corte, es contrario a los artículos 100, 150 y 189 de la Constitución, los cuales otorgan a las ramas Legislativa y Ejecutiva un amplio espacio regulatorio en materia económica y para garantizar el orden público.	El AII con Israel no contiene la expresión “necesarias y proporcionales” u otra comparable. Por lo tanto, la Corte no se refiere a esta en la Sentencia C-254.

(Continúa)

⁹¹ *Ibid.*, párr. 251.

Artículo 6.º: expropiación e indemnización —expresión “expectativas legítimas”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, a condición de que las partes contratantes definan qué debe entenderse por “expectativas legítimas”, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante, que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas, los cuales afecten su inversión.	En el AIH con Francia se establece que uno de los factores para determinar si ha habido una expropiación indirecta son las expectativas legítimas de los inversionistas. Cuando estos tienen expectativas legítimas que se han visto frustradas por medidas que tengan los efectos de una expropiación, puede haber lugar a una indemnización. Aplicando la misma argumentación que aquella utilizada para condicionar la expresión “expectativas legítimas” en el artículo 4.º (estándar mínimo de trato), la Corte también condiciona esta expresión en el artículo 5.º (expropiación e indemnización).	El AIH con Israel emplea la expresión “expectativas razonables” y no “expectativas legítimas”. Si bien las expresiones son textualmente distintas, en la Sentencia C-254 la Corte las equipara y usa los mismos argumentos de la Sentencia C-252 para declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “expectativas razonables”.
Artículo 6.º: expropiación e indemnización —expresión “necesarias y proporcionales”—.		
Resuelve	Observaciones	Conexión con la Sentencia C-254
Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales, para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública.	La corte aplica la misma lógica que aquella utilizada para condicionar la expresión “necesarias y proporcionales” del artículo 5.º (trato nacional y NMF).	El AIH con Israel no contiene la expresión “necesarias y proporcionales” u otra comparable. Por lo tanto, la Corte no se refiere a esta en la Sentencia C-254.

Fuente: elaboración propia.

Muchos de los condicionamientos de exequibilidad de la Corte se apoyan en la vaguedad típica de ciertas prescripciones del derecho internacional de las inversiones; debido a esta, los tribunales han contado con un muy

amplio margen de discreción al momento de interpretar los AII. Según la Corte, esto no solo genera incertidumbre jurídica, que resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica previsto en el ordenamiento constitucional colombiano, sino que además otorga a los tribunales un poder para injerir y decidir sobre cuestiones del resorte de la política pública colombiana, cuestión que choca con el principio constitucional de soberanía nacional. No obstante, la seguridad jurídica y la soberanía nacional no son los únicos preceptos constitucionales que la Corte pondera. La competencia del presidente relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la competencia que le asiste no solo a este, sino al Congreso, para adoptar las medidas que ellos consideran razonables y apropiadas para garantizar el orden público son atribuciones constitucionales en las cuales la Corte también se apoya. Independientemente de las pautas constitucionales invocadas por la Corte, el objetivo de sus determinaciones es limitar los beneficios sustantivos a los que tendrían derecho los inversionistas extranjeros en virtud del AII con Francia, eliminando así la brecha entre el trato debido por el Estado colombiano a inversionistas extranjeros en virtud de dichos AII con el dado a inversionistas nacionales según la Constitución nacional.

Una lectura sistemática de la Sentencia C-252 permite discernir al menos cuatro líneas de argumentación que la Corte utiliza, cuyo efecto es disminuir las asimetrías entre el trato otorgado a los inversionistas extranjeros y el trato otorgado a inversionistas nacionales en materia de beneficios sustantivos reconocidos en derecho. La primera línea consiste en delimitar el concepto de TJE, de tal manera que se reduzca el margen de interpretación con el que cuentan los tribunales en el marco de una controversia, margen que normalmente resulta muy favorable para los inversionistas extranjeros. Como se mencionó, el estándar de TJE es uno de los más contenciosos del AIMI, ya que su alcance es incierto. Además, su reclamo es constante, pues se invoca de forma subsidiaria a incumplimientos de otras obligaciones, como la de expropiación.

En ese sentido, en la Sentencia C-252 del 2019, la Corte reconoce que es importante acotar el alcance de esta cláusula en dos sentidos concretos: primero, puntualizando cuál ha de ser el nivel de protección que se otorgará, si el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario u otro; y, segundo, restringiendo los conceptos normativos que configuran el estándar mismo. De esta manera, la Corte advierte que, en relación con TJE, es indispensable limitar el alcance de los fallos contra el Estado, estableciendo claramente el derecho con base en el cual se ha de entender el estándar y limitando los distintos conceptos normativos que lo integran. Así, para la Corte, el AII con Francia erra de tres maneras: (1) no especifica el derecho

con base en el cual ha de configurarse el TJE; (2) deja abierta la enunciación de conceptos normativos que integrarían el estándar; y (3) no restringe el concepto más abierto de todos, el de “expectativas legítimas”, el cual también tiene una aplicación abierta en materia de expropiación indirecta.

Primero, para la Corte, el AII con Francia no permite identificar el derecho con base en el cual se ha de nutrir de contenido el estándar de TJE. De acuerdo con la Corte, al establecer que el estándar que se debe otorgar es aquel que se configura “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones⁹²”, el AII con Francia hace imposible determinar si el contenido de TJE es aquel fijado por el derecho internacional consuetudinario o aquel que emana del derecho internacional en su totalidad, al cual la Corte se refiere con el nombre de *derecho internacional convencional*. En palabras de la Corte:

No es posible determinar si “el derecho internacional aplicable” a los inversionistas es el consuetudinario o el convencional, y, si es este último, tampoco es posible esclarecer con precisión si los tratados y demás instrumentos aplicables son los ratificados por el Estado receptor de la inversión, el Estado de los inversionistas, o, incluso si se alude a otro grupo de instrumentos internacionales. Ante esta incertidumbre, al Estado le resulta imposible determinar o prever qué le está ordenado, prohibido o permitido, así como las obligaciones específicas cuyo incumplimiento pueda dar lugar a su responsabilidad internacional⁹³.

En contraste, el AII con Israel establece que el TJE que se debe otorgar es aquel que surge de “las disposiciones de este Capítulo y el derecho internacional consuetudinario⁹⁴”. Dado que este AII sí demarca el derecho con base en el cual se ha de configurar el TJE, mientras que el AII con Francia no, la Corte decide condicionar solo este último.

Segundo, el AII con Francia introduce una serie de conceptos normativos que constituyen el estándar de TJE. El acuerdo prevé que

la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, *inter alia*: (a) La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso. (b) La obligación

⁹² C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, “Resuelve”, para. 204.

⁹³ C. Cont., Sent. C-254 del 2019, párr. 204.

⁹⁴ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 11 de agosto del 2020, capítulo 10: “Inversión”, art. 10.3.

de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones⁹⁵.

Para la Corte, esta formulación es muy amplia, puesto que, al indicar que el TJE incluye, entre otras, las obligaciones de no denegar justicia y de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria, tan solo se enuncian conceptos normativos, dejando abierta la posibilidad de que otros conceptos también integren el estándar. Por esta razón, en el resuelve de la Sentencia C-252 del 2019, la Corte condiciona la expresión “*inter alia*”, cerrando el alcance de conceptos integradores. En relación con el AII con Israel, sin embargo, la Corte resuelve no condicionar una formulación muy similar. Acá, la Corte, parece entrar en una inconsistencia. El AII con Israel señala:

Trato justo y equitativo incluye la prohibición de denegar por medidas no razonables, la administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones de inversionistas de la Parte de Origen de la inversión en el territorio de la Parte Receptora de la inversión⁹⁶.

Si bien es cierto que la expresión “*inter alia*” no está presente en el texto del AII con Israel, al introducir el término “incluye”, el efecto de ambos AII en sus enunciados de TJE es formular una lista ilustrativa y no, como exigió la Corte en la Sentencia C-252 del 2019, una lista taxativa. La expresión “*inter alia*”, antecedida por el término “incluye”, configura una redundancia; sin embargo, en la Sentencia C-254 del 2019, la Corte toma el precedente fijado por ella misma en la Sentencia C-252 de forma muy literal: si un AII no contiene la expresión “*inter alia*”, no es problemática. En ese sentido, al analizar el AII con Israel, la Corte solo emprende una búsqueda superficial de disposiciones en las que se utiliza el término “*inter alia*”⁹⁷. Esto es un despropósito, puesto que de esta manera desatiende su cometido por proteger la seguridad jurídica y generar certeza frente al alcance del estándar de TJE.

⁹⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 14 de octubre del 2020, art. 4.°.

⁹⁶ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 11 de agosto del 2020, capítulo 10: “Inversión”, art. 10.3.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 119.

Tercero, el AII con Francia introduce el concepto de “expectativas legítimas”. Este tiene su origen en el alcance que le han dado los tribunales al estándar de TJE⁹⁸ y es uno de los conceptos más controversiales del derecho internacional de las inversiones, como lo reconoce la misma Corte Constitucional⁹⁹. Su alcance es incierto y flexible, y su lectura por parte de los tribunales internacionales es poco uniforme. En contraste, en el derecho nacional, según la Corte, el concepto cobija solo aquellas expectativas que se han generado “de buena fe como consecuencia de actos o comportamientos consecuentes y reiterados de las autoridades públicas”¹⁰⁰. Además, también según la Corte, en la jurisprudencia constitucional, estas expectativas son objeto de amparo solo cuando son “desconocidas por cambios abruptos e intempestivos”¹⁰¹ atribuibles a las autoridades públicas. De esta manera, el objetivo que la Corte persigue en la Sentencia C-252 respecto al concepto de “expectativas legítimas” es puntualizar su alcance tanto en relación con TJE como en materia de expropiación (indirecta), de tal manera que sus efectos y consecuencias sean previsibles y se alinee su lectura con el estándar reconocido por la jurisprudencia constitucional.

Ahora, es inusual encontrar en AII una referencia textual a “expectativas legítimas” en el contexto del estándar de TJE¹⁰²; pese a lo anterior, una gran cantidad de tribunales ha derivado dicho concepto de la obligación de otorgar TJE¹⁰³. Dado que es común que los tribunales inserten el concepto

⁹⁸ Kendra Leite, “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements”, *American University International Law Review* 32, n.º 1 (2016): 363-401.

⁹⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, párr. 211.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 210.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 210.

¹⁰² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Fair and Equitable Treatment* (Nueva York: Naciones Unidas, 2012), 9, 11, 63-78, acceso el 10 de febrero del 2020, https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaia2011d5_en.pdf.

¹⁰³ Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 28, n.º 1 (2013): 88-122. Cabe mencionar que recientemente la Corte Internacional de Justicia (CIJ) manifestó que en el derecho internacional no existe un principio general de expectativas legítimas que genere obligaciones legales internacionales. Si bien la CIJ no se refirió a si las expectativas legítimas forman parte del estándar mínimo de trato en los AII, este y otros casos que se encuentran bajo el estudio de la CIJ pueden llegar a tener implicaciones frente a la probabilidad de que el concepto integre el estándar de mínimo trato. Véase Jarrod Hepburn, “International Court of Justice Finds No Principle of Legitimate Expectations in General International Law”, *LA Reporter*, 1.º de octubre del 2018, acceso el 10 de febrero del 2020, <https://www.iareporter.com/articles/international-court-of-justice-finds-no-principle-of-legitimate-expectations-in-general-international-law/>.

de “expectativas legítimas” en AII que no contienen dicha expresión, en la práctica es poca la diferencia que surge entre los AII que la incorporan textualmente y los que no. Así, si bien el estándar de TJE del AII con Francia contiene la expresión “expectativas legítimas” y el del AII con Israel no, esta diferencia es frívola. Los tribunales en AIMI se van a pronunciar sobre el concepto de forma flexible e incierta, en relación tanto con estándares de TJE que se refieren textualmente a aquel como los que no, salvo que se condicione la interpretación del concepto mismo en el texto del AII. No obstante, la Corte solo condiciona la obligación de TJE alrededor del concepto de “expectativas legítimas” en la Sentencia C-252 del 2019. En la Sentencia C-254, la Corte ni siquiera se pronuncia sobre el concepto en relación con dicha obligación. La Corte pasa por encima el estándar de TJE, observando brevemente que no se hace necesario “realizar condicionamiento alguno al no resultar [este] indeterminado sino previsibles y determinables [sic]”¹⁰⁴. El análisis es tan superficial y el resuelve tan incompatible con el precedente fijado por la misma Corte solo días antes en la Sentencia C-252, que lo más sensato es concluir que la falta de exequibilidad condicionada en la segunda sentencia en relación con el TJE es producto de una ligereza de la Corte.

La segunda línea argumentativa que la Corte Constitucional utiliza en la Sentencia C-252 del 2019 gira entorno a la noción de trato discriminatorio. En su análisis, la Corte constata que impera la incertidumbre jurídica en relación con las obligaciones de trato nacional y NMF. En ambas obligaciones es necesario hacer una comparación del trato que recibe un inversionista extranjero frente a competidores similares nacionales (trato nacional) y de otras nacionalidades (NMF). Para que haya discriminación, se requiere constatar que el inversionista extranjero y el competidor nacional o de otras nacionalidades están en condiciones de similitud; sin embargo, la determinación de cuándo concurren las condiciones de similitud es poco uniforme. En términos de la Corte:

En algunos casos, la expresión “situaciones similares” abarca solamente comparadores idénticos (Methanex Corp), mientras que en otros (Occidental), pese a la existencia de comparadores idénticos, recurre a comparadores cercanos. Así las cosas, el “patrón de comparación” de las “situaciones similares” para la aplicación de las cláusulas de TN y NMF es incierto, lo cual amenaza la seguridad jurídica (art. 1.º de la CP)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ C. Const., Sent. C-254 del 2019, párr. 118.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 246.

Así, bajo el supuesto de que un muy amplio entendimiento de las condiciones de similitud puede dar lugar a un trato más favorable hacia inversionistas extranjeros, en la Sentencia C-252 del 2019 la Corte decidió condicionar la expresión “situaciones similares” y pedirle al Gobierno definir más claramente su contenido.

Una diferencia frecuente entre los AII en materia de trato nacional y NMF es que algunos apelan a la expresión “situaciones similares”, mientras que otros acuerdos se valen de la expresión “circunstancias similares”. Esta distinción parece tener origen en los modelos de AII europeos que emplean la expresión “situaciones similares” y los modelos norteamericanos que usan la expresión “circunstancias similares”¹⁰⁶. No obstante la existencia de estas dos formulaciones, la opinión generalizada es que ambas expresiones pueden utilizarse indistintamente¹⁰⁷. Tanto es así que la misma Corte, al analizar la exequibilidad de la expresión “situaciones similares” que se encuentra en el AII con Francia, cita decisiones de tribunales de AIMI¹⁰⁸ y AII¹⁰⁹ en las que se analiza la hermana expresión “circunstancias similares”. Resulta entonces sorprendente que en la Sentencia C-254, que fue emitida poco después, la Corte no condicione la expresión “circunstancias similares”, máxime cuando la misma Corte manifiesta en esta segunda sentencia que “se seguirá dicho precedente en lo que se encuentre justificado constitucionalmente”¹¹⁰. Las razones de la Corte para no condicionar la expresión “circunstancias similares” en el AII con Israel no son muy claras,

¹⁰⁶ Rudolf Dolzer, “National Treatment: New Developments” (Symposium Co-Organised By ICSID, OECD and UNCTAD: Making the Most of International Investment Agreements a Common Agenda, París, 2005), <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>

¹⁰⁷ *Ibid.*; Aphiwan Natahsa King, “National Treatment in International Economic Law: The Case for Consistent Interpretation in New Generation EU Free Trade Agreements”, *Georgetown Journal of International Law* 49 (2018): 929-956.

¹⁰⁸ La Sentencia C-252 del 2019, en los párrafos 230 y 231, cita las decisiones de los tribunales en *Methanex Corp v. United States of America*, caso UNCITRAL, final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 2005; y *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, caso LCIA n.º UN 3467, final award, 2004. El caso de *Occidental* versa sobre el AII entre Estados Unidos y Ecuador, en el cual las obligaciones de trato nacional y NMF emplean la expresión “situaciones similares”, al igual que el AII entre Colombia y Francia. El caso de *Methanex Corp.* se erige sobre la base de las obligaciones de trato nacional y NMF contenidas en el TLCAN, el cual utiliza la expresión “circunstancias similares”.

¹⁰⁹ En el párrafo 232, la Sentencia C-252 del 2019 cita el T-MEC y el Acuerdo de Asociación Transpacífico. El primero emplea la expresión “situaciones similares”, mientras que el segundo utiliza la expresión “circunstancias similares”.

¹¹⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, párr. 115.

pues la Corte se limita a afirmar que los “contenidos normativos [de dicha expresión] y su inscripción en un instrumento de última generación, no adolecen de ninguna incertidumbre invencible al resultar previsibles y determinables (cfr. C-252 del 2019)”¹¹¹. En vista de que el análisis de la Sentencia C-254 es tan escueto y el resuelve tan contrario a aquel fijado en relación con el AII con Francia solo pocos días antes, no es raro que el cambio de jurisprudencia sea el producto de otra ligereza de la Corte.

La tercera línea de argumentación de la Corte se refiere al uso que se le ha dado a la cláusula de NMF en el AIMI. En el derecho internacional de las inversiones, la obligación de NMF ha sido formulada de manera amplia; esto contrasta con el derecho del comercio internacional, en el cual, aun cuando se concibe la obligación de NMF, esta se encuentra críticamente disminuida, puesto que se permite desconocerla en el contexto de TLC y zonas aduaneras¹¹². La generosidad con la que se ha configurado la obligación de NMF en los AII ha permitido que, en una determinada controversia suscitada en el marco de un AII, se importen de otros AII concesiones más favorables, en materia de beneficios tanto sustantivos como procesales. Esto da lugar al llamado *efecto cascada*¹¹³, que además no se predica en el trato debido para con inversionistas nacionales. En palabras de la Corte:

en la práctica [esta cláusula permite que] se “importen” cláusulas de otros tratados celebrados por el Estado receptor de la inversión [generando] un inevitable efecto cascada respecto de todas las obligaciones sustanciales previstas en cualquier otro tratado suscrito por el Estado receptor de la inversión o, incluso, da lugar a que se reemplacen las cláusulas del tratado por las previstas en otros instrumentos si éstas últimas resultan más favorables, entre otras¹¹⁴.

Para evitar la configuración de este efecto, que solo beneficia a los inversionistas extranjeros y que ha sido ampliamente criticado por la doctrina, la Corte extiende su competencia, casi de manera extralimitada, y, tanto en la Sentencia C-252 como en la C-254, condiciona el alcance del término “trato” en el contexto de la obligación de NMF. De acuerdo con la

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 122.

¹¹² Véase Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 1994, art. XXIV.

¹¹³ Véase *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, caso ICSID n.º ARB/01/7, 2007; y *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, caso UNCITRAL, final award, 2003, 500.

¹¹⁴ C. Const., Sent. C-252 del 2019, párr. 251.

Constitución, la competencia de dirigir las relaciones internacionales recae en la Rama Ejecutiva y, por lo tanto, el condicionamiento de esta obligación constituye una actuación sin precedente.

La cuarta y última línea de argumentación utilizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019 es salvaguardar la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades públicas en lo que se refiere al orden público, cuyo efecto, además, es eliminar la brecha entre el trato otorgado a inversionistas extranjeros y aquel otorgado a inversionistas nacionales. Los AII imponen limitaciones al trato al que los Estados pueden someter a los inversionistas extranjeros. Así, por ejemplo, los AII obligan a los Estados a no tratar a los inversionistas extranjeros de forma menos favorable que a los inversionistas nacionales o de otras nacionalidades, o a no expropiar las inversiones extranjeras sin un debido proceso y una indemnización adecuada. Estas limitaciones, sin embargo, pueden llegar a truncar la potestad de los Estados de regular en interés del orden público. Por años se ha criticado al régimen internacional de las inversiones por cohibir el derecho básico que le asiste a todo Estado a regular en aras de objetivos legítimos de política pública¹¹⁵. Estas críticas son de las más prolíficas que se hacen en torno al régimen, de manera que no resulta extraño que la Corte, en la Sentencia C-252, buscara pronunciarse al respecto.

El AII con Francia contiene unas formulaciones en relación con las obligaciones de trato nacional, NMF y expropiación que buscan salvaguardar el derecho del Estado a tomar medidas en pro del orden público, pero prevé que estas medidas deben ser “necesarias y proporcionales al objetivo buscado”. De esta forma, en la Sentencia C-252, la Corte se apoya en la expresión “necesarias y proporcionales” para decir que los fallos internacionales en materia de inversiones han dado lugar a dos interpretaciones, en cuanto a lo que se entiende por una medida de política pública legítima: una que no se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano y otra que sí. La primera interpretación, que, de acuerdo con la Corte, no se alinea con el ordenamiento jurídico colombiano y, por lo tanto, otorga mayores beneficios sustantivos a inversionistas extranjeros, es aquella en virtud de la cual las medidas son consideradas “necesarias y proporcionales” solo cuando son “indispensables”

¹¹⁵ Lora Verheecke, Pia Eberhardt, Cecilia Olivet y Sam Cossar-Gilbert, *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice* (Amsterdam: Friend of the Earth Europe and International, Transnational Institute y Corporate Europe Observatory, 2019), acceso el 10 de diciembre del 2020, <https://10isdstories.org/wp-content/uploads/2019/06/red-carpet-courts-WEB.pdf>.

para el cumplimiento del objetivo de política pública buscado. La segunda interpretación, que, según la Corte, sí se alinea con el ordenamiento jurídico interno, es aquella mediante la cual se da a entender que la expresión cubija las medidas que son “razonables y apropiadas” para lograr el objetivo de política pública¹¹⁶. Con base en lo anterior, buscando salvaguardar la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades públicas, por lo que se refiere a inversionistas extranjeros, la Corte condicionó la expresión “necesarias y proporcionales” en el segundo sentido.

Como se puede observar de este análisis, en la Sentencia C-252 del 2019, la Corte Constitucional se vale de varios argumentos con el fin de disminuir las asimetrías que podrían surgir entre inversionistas extranjeros y nacionales en virtud del AII con Francia. Aunque las líneas de argumentación son distintas y no iguales de convincentes, todas finalmente imponen límites a los beneficios sustantivos concedidos a los inversionistas extranjeros, devolviéndole así un sentido de equilibrio al trato debido por el Estado colombiano a los distintos inversionistas. Dado que el trato dado a los inversionistas nacionales es aquel establecido por la ley colombiana y no el concebido bajo un AII, a través de sus condicionamientos específicos en términos de la ley colombiana, la Corte sienta las bases sobre las cuales ha de predicarse la no discriminación hacia inversionistas nacionales.

Ahora bien, como se puede apreciar del resumen anterior, la Corte tiene unos aciertos y unos desaciertos muy concretos. Los desaciertos surgen del examen presuntamente precipitado al que la Corte somete el AII con Israel; de esta manera, se generan contradicciones por lo que se refiere a TJE, trato nacional y trato de NMF. Si bien en la Sentencia C-252 la Corte cierra el camino a ciertas amplias concesiones típicas de los AII, en la Sentencia C-254 las vuelve a ampliar, principalmente en relación con los conceptos normativos que integran el TJE —y en particular con respecto a la protección a las exceptivas legítimas— y el trato discriminatorio. Por esta razón, si se fueran a tomar al pie de la letra, los condicionamientos específicos de la Corte no parecen blindar a los inversionistas nacionales ante toda discriminación por lo que se refiere a beneficios sustantivos concedidos bajo los AII. En este sentido, habría que buscar cómo conciliar este resultado con el resuelve más general de la Corte, el cual propende a la igualdad estricta entre inversionistas. Este análisis habría que hacerse caso por caso y reboza el alcance de este capítulo.

¹¹⁶ *Ibid.*, párrs. 248-249.

Configurando el equilibrio en el régimen internacional de las inversiones vigente para Colombia

Las consideraciones de la Corte en las sentencias C-252 y C-254 del 2019 son vinculantes, pero tienen implicaciones directas solo frente a los AII entre Colombia y Francia, y Colombia e Israel, respectivamente. No obstante, ¿cómo se condicionarían los AII vigentes en Colombia si la Corte fuera a pronunciarse de fondo sobre ellos hoy? En otras palabras, ¿cómo luciría el régimen internacional de las inversiones aplicable para Colombia en el contexto de los distintos esfuerzos de la Corte por restablecer el equilibrio entre inversionistas extranjeros y nacionales? El objetivo de esta última sección será contestar esas preguntas.

A la fecha, Colombia ha suscrito veintidós AII, quince de los cuales se encuentran vigentes¹¹⁷. La tabla 2.2, anexada al final de este capítulo, recoge en concreto como luciría el régimen internacional de las inversiones aplicable para Colombia en cuanto a trato mínimo, trato nacional, NMF y expropiación, a la luz de la lectura de la Sentencia C-252 del 2019. Además, es importante mencionar que los quince AII en cuestión resultarían acotados de manera amplia y general por la condición de igualdad estricta entre inversionistas extranjeros y nacionales establecida por la Corte, en el sentido de que el alcance de los beneficios sustantivos en ellos consagrados no sea injustificablemente más favorable que aquel conferido a los inversionistas nacionales por el ordenamiento interno colombiano. Esto por cuanto ninguno de los AII vigentes en Colombia otorga beneficios a inversionistas nacionales, ni acota los beneficios otorgados a los inversionistas extranjeros para evitar discriminación frente a los inversionistas nacionales.

A continuación, se dibuja un régimen internacional de las inversiones en el caso de Colombia, actualizado de conformidad con las cuatro líneas de lectura la Corte Constitucional identificadas. Este régimen se conforma por los AII de Colombia con la Alianza del Pacífico (Chile, México y Perú), Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Costa Rica, España, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza), Estados Unidos, India, Japón, México, Perú, Reino Unido, Suiza, el Triángulo del Norte de Centroamérica y la Unión Europea. Para efectos de este análisis, no se incluirán los acuerdos con la AELC y la Unión Europea que el Ministerio de Comercio colombiano identifica como AII,

¹¹⁷ Este número no incluye los AII con Francia e Israel. Para más detalles sobre estos quince acuerdos, véase la tabla 2.2 anexada al final del capítulo.

ya que, si bien contienen obligaciones en el ámbito del régimen de inversiones extranjeras, ninguno de los dos contiene disposiciones de resolución de controversias del tipo inversionista-Estado. Así mismo, se desechará el resuelve de la Corte Constitucional de la Sentencia C-254 del 2019; como se ha comentado, esta sentencia genera unas contradicciones específicas que por el momento no son resolubles. Por consiguiente, para facilitar el análisis, estas se pasarán de alto.

Línea argumentativa 1: limitar el alcance de TJE y expropiación indirecta

Como se mencionó, la Corte Constitucional limita el alcance de la obligación de TJE de tres maneras al pedirle al Gobierno: (1) que aclare el nivel de protección con respecto al derecho internacional que será otorgado; (2) que las expresiones que denotan listas o ejemplos sean interpretadas de manera restrictiva; y (3) que se le dé una interpretación específica al término “expectativas legítimas”. Frente al nivel de protección, los quince AII vigentes en Colombia se pueden clasificar en cuatro grupos, según el estándar de TJE que otorgan:

1. Los acuerdos en los que no hay una obligación de otorgar TJE (el AII con México).
2. Los acuerdos en los que la obligación de otorgar TJE es general y no se encuentra sujeta al derecho internacional (los AII con España y Suiza).
3. Los acuerdos en los que, como en el caso del AII con Francia, esta obligación está acotada al derecho internacional, pero de forma abierta (el AII con el Reino Unido).
4. Los acuerdos, como el AII con Israel, en los que el TJE está acotado al derecho internacional consuetudinario (los AII con la Alianza del Pacífico, Canadá, Chile, China, Corea, Costa Rica, Estados Unidos, India, Japón, Perú y el Triángulo del Norte de Centroamérica).

Once de los quince AII vigentes en Colombia sujetan el TJE al derecho internacional consuetudinario, acotación que, de acuerdo con la Corte, les conferiría suficiente seguridad jurídica; sin embargo, los AII con España, Reino Unido y Suiza presentarían problemas similares al de Francia por sus formulaciones abiertas.

Frente a las consideraciones de la Corte sobre expresiones que denotan listas, la formulación del AII con Francia es única, ya que incluye textualmente la expresión “*inter alia*”, expresión que en el contexto del TJE no se encuentra en ningún otro AII suscrito por el país. El objetivo de la Corte al condicionar esta expresión es precisamente aclarar el alcance de la obligación de TJE, para evitar que su interpretación quede abierta y en manos de un tribunal de AIMI. Los once AII que otorgan un TJE sujeto al nivel mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario aclaran que ese nivel mínimo de trato “incluye” la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso, incorporado en los principales sistemas legales del mundo; por lo tanto, estos AII merecerían el mismo condicionamiento que el del AII con Francia. Los AII con Suiza y España serían, de nuevo, los más problemáticos, ya que otorgan un TJE general, lo que le daría la posibilidad a un tribunal de expandir los conceptos normativos que integran el estándar. Por otro lado, el AII con México no incluye la obligación de otorgar un TJE; por ende, no tendría problema.

Frente al concepto de “expectativas legítimas”, por un lado, un régimen internacional de las inversiones actualizado conforme a las consideraciones de la Sentencias C-252 del 2019 debería condicionar la exequibilidad de todo estándar de TJE que no defina el alcance que deba dársele, se encuentre este término textualmente en el texto del AII o no. Ninguno de los AII vigentes en Colombia incluye, para efectos del estándar de TJE, la expresión “expectativas legítimas”, como tampoco ninguno de ellos contiene la expresión “expectativas razonables”, a la cual la Corte le da el mismo alcance en la Sentencia C-254 del 2019. Así, en materia de expectativas de los inversionistas frente al TJE debido, los quince AII vigentes en Colombia merecerían de un condicionamiento de exequibilidad similar al del AII con Francia.

Por otro lado, es importante recordar que en el contexto de expropiación indirecta la Corte analiza dos expresiones hermanas: en la Sentencia C-252 examina la expresión “expectativas legítimas”, mientras que en la Sentencia C-254 analiza “expectativas razonables”. Si bien estas dos expresiones difieren en su redacción, la Corte les da el mismo alcance. Aun cuando la expresión “expectativas legítimas” no se registra en ninguno de los AII vigentes en Colombia, la expresión “expectativas razonables” aparece en el contexto de expropiación indirecta en doce AII (con la Alianza del Pacífico, Canadá, Chile, China, Corea, Costa Rica, Estados Unidos, India, Japón, Perú, Reino Unido y el Triángulo del Norte de Centroamérica). Esta expresión se encuentra en ocasiones acompañada del adjetivo “inequívocas” o “distinguibles”. En los doce AII aparece en el mismo contexto, como uno

de los factores que debe considerarse al momento de determinar si una medida equivale a una expropiación indirecta. El alcance de las expresiones “expectativas legítimas” y “expectativas razonables” difiere entre las obligaciones de TJE y expropiación, puesto que solo en relación con el primer tipo de obligación es común inferir e insertar el concepto que las engloba. De esta manera, los AII que guardan silencio frente a estas expresiones en el contexto de expropiación generalmente no acarrearán una integración del concepto dentro del análisis de la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, solo en relación con estos doce AII, el régimen internacional de las inversiones merece un condicionamiento en el caso colombiano.

Línea argumentativa 2: precisar cuándo se configura un trato discriminatorio

Las formulaciones de trato nacional y NMF en los AII vigentes en Colombia son sorprendentemente uniformes. Hay pocas diferencias entre AII frente a la forma en que estos se encuentran redactados. Esto es algo que se comporta con la manera como en todo el mundo se han negociado estas cláusulas¹¹⁸. El propósito de las obligaciones de trato nacional y NMF es proteger a los inversionistas extranjeros de tratamientos discriminatorios. Si bien las redacciones de estas cláusulas son similares, existen pequeñas diferencias entre los distintos AII vigentes en Colombia. Una de estas diferencias es que algunos AII usan la expresión “situaciones similares” (los AII entre Colombia y Francia, y Colombia y Suiza), mientras que otros acuerdos usan la expresión “circunstancias similares” (todos los demás AII vigentes en Colombia). Como se explicó, esta distinción parece tener origen en los modelos de AII europeos que emplean la expresión “situaciones similares” y los modelos norteamericanos que usan la expresión “circunstancias similares”, aunque hay ocasiones en las que países europeos han utilizado “circunstancias similares”—como el AII de Colombia y Reino Unido, y Colombia y España—. En este orden de ideas, todos los AII vigentes en Colombia, excepto el pactado con India, adolecerían de vicios similares al del AII con Francia, por cuanto solo el AII con India establece, en su declaración interpretativa, el alcance que se le debe dar a la expresión.

¹¹⁸ Dolzer, “National Treatment: New Developments”.

Línea argumentativa 3: evitar el efecto cascada en relación con la cláusula de NMF

Por lo que se refiere a la obligación de NMF en los AII de Colombia, el patrón más común es excluir las disposiciones de solución de controversias del ámbito de aplicación de esta. Trece de los AII vigentes permitirían la “importación” de otras cláusulas de otros AII, salvo las disposiciones de solución de controversias. Dos AII, los establecidos con México y España, permitirían todo tipo de importación sin excepción alguna. El único AII que busca curarse del efecto cascada es el AII con India, en cuya nota interpretativa se aclara que el espíritu y objetivo de la cláusula NMF es evitar tratos discriminatorios, mas no incorporar ventajas sustantivas o procedimentales de otros acuerdos. Pues bien, la gran mayoría de acuerdos vigentes en Colombia tienen una redacción similar a la que tiene el acuerdo con Francia; por lo tanto, todos, menos el AII con India, merecerían un condicionamiento.

Línea argumentativa 4: salvaguardar la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para velar por el orden público

Finalmente, ocho de los AII vigentes contienen una cláusula de excepciones, en la que se incluye la expresión “necesarias” o “necesarias y proporcionales”. Si bien la Corte declara la expresión “necesarias y proporcionales” exequible condicionalmente, su análisis se centra en la interpretación que se le ha dado al término “necesarias”, ya que es este término y no “proporcional” el que, de acuerdo con la Corte, puede tener una interpretación contraria al ordenamiento jurídico colombiano. Los AII con China, Japón, India, Perú, Reino Unido y Suiza tienen artículos denominados “Excepciones generales”, en los cuales se les permite a los Estados, sujetos a ciertos requisitos, adoptar medidas que sean contrarias a las obligaciones del AII. Algunos de los requisitos exigen que las medidas sean “necesarias” para proteger o lograr que se cumpla un determinado objetivo de política pública. Ninguno de estos AII determina cuál es la definición o alcance del término; por lo tanto, estos ocho AII merecerían de condiciones de exequibilidad similares al del AII con Francia.

CONCLUSIÓN

Como se expone en este capítulo, hay una nueva tendencia en Latinoamérica y el mundo en torno a la política y el derecho internacional de las inversiones. Un grupo importante de países está revertiendo el rumbo

alrededor del cual por décadas se concibió dicha política y derecho. Si bien los esfuerzos por ponerle fin a las desigualdades que surgen de la política internacional en materia de inversiones han tomado múltiples formas, lo cierto es que hoy se puede hablar de un verdadero movimiento por restablecer el equilibrio en el derecho internacional de las inversiones. Las sentencias C-252 y C-254 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia, en lugar de caracterizarse como una postura única y retirada de una corte desaforada, se conciben dentro de una nueva tendencia global verificable, que guarda cierta relación con la doctrina Calvo y que, sobre todo, se encuentra legitimada por el principio universal de la igualdad y su corolario de no discriminación.

Algo que es muy diciente del proceso por el cual se le está devolviendo un sentido de equilibrio a la política y el derecho internacional de las inversiones es que es complejo. En él están confluyendo las tres ramas del poder público: la Ejecutiva, que denuncia y renegocia los AII; la Legislativa, que formula leyes y reformas constitucionales; y la Judicial, la cual genera interpretaciones vinculantes. Así, es ilusorio pensar que la Ejecutiva es la única rama que ejerce poder en la configuración de la política pública: en el ámbito de la política de las inversiones internacionales, las ramas Legislativa y Judicial también influyen. Esta última, además, gozará de legitimidad siempre que ejerza su poder de forma ponderada, sustentada y congruente. Lo que salta a la vista del reciente episodio colombiano, sin embargo, es que la Corte Constitucional no parece lograr guardar congruencia en sus decisiones. En gran medida, lo que la Corte hace con una mano (léase Sentencia C-252 del 2019), lo deshace con la otra (léase Sentencia C-254 del 2019).

Por ahora, en cierta medida, ya se conocen los alcances que el movimiento puede tener en Colombia en relación con inversiones e inversionistas franceses e israelíes. El alcance que este tenga frente a inversiones e inversionistas de los otros quince países con los cuales Colombia ha ratificado un AII está aún por verse. Este capítulo procura trazar una dirección, pero, dada la falta de correspondencia entre y dentro de las ramas del poder, cualquier podría ser el rumbo.

TABLA 2.2. Lectura de la Sentencia C-252 del 2019 en relación con los AII vigentes en Colombia

AII	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
México	1994 (Ley 172 de 1994/ Sentencia C-178 de 1994)	N/A	N/A	N/A	<i>Condicional</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo preferencias o ventajas otorgadas, en virtud de otros acuerdos de doble tributación. Este es de los pocos acuerdos en los que ni siquiera se excluyen las disposiciones relativas a la solución de controversias (artículo 17.3).	<i>Condicional</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículo 17.3).	N/A
España	2007 (Ley 1069 del 2006/ Sentencia C-309 del 2007)	<i>Condicional</i> : TJE abierto e ilimitado, cuyo alcance debería ser delimitado.	<i>Condicional</i> : obligación de otorgar un TJE no obstaculizado en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones. El artículo no menciona derecho internacional (artículo 2.”).	N/A	<i>Condicional</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas. Este también es uno de los acuerdos en los que ni siquiera se excluyen las disposiciones relativas a la solución de controversias. Únicamente se excluyen aquellas ventajas o preferencias otorgadas en virtud de una zona de libre comercio, unión aduanera, o acuerdos internacionales similares (artículo 3.”).	<i>Condicional</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (3)	N/A

(Continúa)

AIJ	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
Estados Unidos	2008 (Ley 1166 del 2007/ Sentencia C-750 del 2008)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia. El derecho internacional consuetudinario está definido de conformidad con el artículo 38(1)(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 10-B).	<i>Condicionada:</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias, incluidas en otros AIJ (artículo 10.4).	<i>Condicionada:</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículos 10.3 y 10.4).	N/A
Chile	2009 (Ley 1189 del 2008/ Sentencia C-031 del 2009)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al TJE exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 9-C).	<i>Condicionada:</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas que se encuentren limitadas al “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición relativa a la inversión” excluyendo cualquier disposición procedimental, como solución de controversias (anexo 9.3).	<i>Condicionada:</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares”, con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículos 9.2 y 9.3).	N/A

(Continúa)

AII	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
Suiza	2009 (Ley 1198 del 2008/ Sentencia C-150 del 2009)	<i>Condicionada:</i> TJE abierto e ilimitado, cuyo alcance debería ser delimitado.	<i>Condicionada:</i> obligación de otorgar un TJE en general.	N/A	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (anexo protocolo adicional).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión “diferentes situaciones de hecho”; aunque el artículo como tal no establece que las cláusulas de TN y NMF deben ser otorgadas en situaciones similares, el protocolo adicional establece que ambos estándares podrán “permitir diferencia de tratamiento en caso de diferentes situaciones de hecho”.	<i>Condicionada,</i> al no delimitar la definición de “necesarias”. De acuerdo con el protocolo adicional al final del acuerdo, se permite la adopción de medidas inconsistentes con las obligaciones del acuerdo, siempre y cuando sean necesarias y proporcionales, entre otras condiciones.
Triángulo Norte (Guatemala, Honduras y El Salvador)	2009 (Ley 1241 del 2008/ Sentencia C-446 del 2009)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia (artículo 12.4).	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas distinguibles y razonables del inversionista (artículo 12.8).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 12.6).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículos 12.5 y 12.6).	N/A

(Continúa)

AUI	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
Perú	2010 (Ley 1342 del 2009/ Sentencia C-377 del 2010)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al exigido por el derecho internacional consuetudinario, definido como el que resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo C).	<i>Condicionada</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas salvo las disposiciones de Solución de Controversias incluidas en otros AUI (artículo 3.).	<i>Condicionada</i> , ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículos 2. y 3.).	<i>Condicionada</i> , al no delimitar la definición de “necesarias”. El artículo 8.º contiene una disposición de excepciones generales.
Canadá	2010 (Ley 1363 del 2009/ Sentencia C-608 del 2010)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia (artículo 805).	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 811).	<i>Condicionada</i> , ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AUI (artículo 804).	<i>Condicionada</i> , ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” con respecto a las inversiones y a los inversionistas (artículos 803 y 804).	N/A

(Continúa)

AII	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
India	2012 (Ley 1449 del 2011/ Sentencia C-123 del 2012)	La declaración interpretativa limita el alcance del TJE a: Denegación de justicia en cualquier procedimiento judicial o administrativo. Violación fundamental al debido proceso. Discriminación basada en motivos manifestamente injustificados, como género, raza o religión. Trato manifestamente abusivo, como coacción, coerción y acoso.	La declaración interpretativa aclara que el TJE deberá otorgarse conforme al derecho internacional consuetudinario, entendido como el que resulta de la evidencia de la práctica general y consistente de los Estados, cuando actúan por fuera de un sentido de obligación legal.	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables <i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas distinguibles y razonables del inversionista (artículo 6.”).	La declaración interpretativa acota el alcance del efecto cascada de la obligación de NMF y establece que esta no se encuentra destinada a permitir que se incorporen disposiciones de otros acuerdos, incluidas aquellas relativas a la solución de controversias u otros aspectos procedimentales y jurisdiccionales.	La declaración interpretativa establece el alcance que se le debe dar a la expresión “circunstancias similares”. De esta forma, incluye una lista de nueve factores concretos que deben analizarse para determinar si las inversiones y los inversionistas se encuentran en circunstancias similares.	<i>Condicionada,</i> al no delimitar la definición “necesarias”. El artículo 13 del acuerdo contiene una disposición de excepciones, la cual establece que las medidas deberán ser necesarias, entre otras condiciones.
China	2012 (Ley 1462 del 2011/ Sentencia C-199 del 2012)	TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al TJE exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia (artículo 2.”).	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (artículo 4.”).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 3.”).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” en las obligaciones de TN y NMF.	<i>Condicionada,</i> al no delimitar la definición de “necesarias”. El artículo 12 del acuerdo contiene una disposición de excepciones, la cual establece que las medidas deberán ser proporcionales y necesarias, entre otras condiciones.

(Continúa)

AII	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
Reino Unido	2012 (Ley 1464 del 2011 C-169 del 2012)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al exigido por el derecho internacional, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas razonables y claras (artículo vi).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la "importación" de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo iii).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión "circunstancias similares" en las obligaciones de TN y NMF.	<i>Condicionada,</i> al no delimitar la definición de "necesarias". El artículo iv del acuerdo contiene una disposición de excepciones.
Japón	2015 (Ley 1720 del 2014/ Sentencia C-286 del 2015)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al TJE exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo iii).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la "importación" de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 3.).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión "circunstancias similares" en las obligaciones de TN y NMF (artículos 2.º y 3.º).	<i>Condicionada,</i> al no delimitar la definición de "necesarias". El artículo 15 del acuerdo contiene una disposición de excepciones generales.
Alianza del Pacífico	2015 (Ley 1746 del 2014/ Sentencia C-620 del 2015)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al nivel mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 10.12).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la "importación" de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 10.5).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión "circunstancias similares" en las obligaciones de TN y NMF (artículos 10.4 y 10.5).	N/A

(Continúa)

AII	Año y sentencia aprobatoria	TJE: listas y ejemplos	TJE: estándar con respecto al derecho internacional	TJE: expectativas legítimas Expropiación indirecta: expectativas razonables	NMF: efecto cascada	TN y NMF: situaciones/ circunstancias similares	Excepciones: medidas necesarias y proporcionales
Costa Rica	2016 (Ley 1763 del 2015/ Sentencia C-157 del 2016)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al nivel mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia.	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 12-B).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 12.3).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” en las obligaciones de TN y NMF (artículos 12.2 y 12.3).	N/A
Corea	2016 (Ley 1747 del 2014/ Sentencia C-184 del 2016)	<i>Condicionada:</i> TJE limitado a la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.	Obligación de otorgar un TJE no adicional al TJE exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluida la prohibición de denegar acceso a la justicia (artículo 8.5).	<i>Condicionada:</i> bajo el análisis de expropiación indirecta, se debe determinar si una medida o serie de medidas interfiere con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista (anexo 8-B).	<i>Condicionada,</i> ya que se permitiría la “importación” de otras cláusulas, salvo las disposiciones de solución de controversias incluidas en otros AII (artículo 8.4).	<i>Condicionada,</i> ya que no limita el alcance de la expresión “circunstancias similares” en las obligaciones de TN y NMF (artículos 8.3 y 8.4).	N/A

Fuente: elaboración propia

BIBLIOGRAFÍA

- “230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from NAFTA and Other Pacts”. 25 de octubre del 2017. Acceso el 10 de febrero del 2020. https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf
- Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I)*. Caso PCA n.º 2008-13 2008.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, 14 de octubre del 2020. https://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/francia_1.pdf
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), 1994.
- Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea, 5 de mayo del 2020.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. “Controversias defensa jurídica internacional”, s.f., acceso el 10 de junio del 2021. https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias_dji.aspx
- Agencia Nacional de Infraestructura. “Minuta de contrato de concesión bajo el esquema de APP”. s.f. Acceso el 2 de marzo del 2020. https://lbrcdn.net/cdn/files/gar/articles/PPP_Model_Contract.pdf
- “An Open Letter to the Chair of UNCITRAL Working Group III and to all Participating States concerning the Reform of Investor-State Dispute Settlement: Addressing the Asymmetry of ISDS”. 13 de febrero del 2019. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn%3Aaa1d%3Aascds%3AUS%3Aa064e274-f7db-41f2-934a-7c46e6c1d208>
- Asia Europe People’s Forum. “Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)”. 17 de agosto del 2014. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://aepf.info/single-post/2014/08/17/Statement-of-Concern-about-Planned-Provisions-on-Investment-Protection-and-Investor-State-Dispute-Settlement-ISDS-in-the-Transatlantic-Trade-and-Investment-Partnership-TTIP>
- Bilicka, Katarzyna A. “How Multinationals Circumvent Anti-Tax-Avoidance Regulations”. *London School of Economics and Political Science* (blog), 29 de septiembre del 2020. <https://blogs.lse.ac.uk/businessreview/2020/09/29/how-multinationals-circumvent-anti-tax-avoidance-regulations/>.

- Brower, Charles y Sadie Blanchard. "From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': The Case Against 'Re-Statification' of Investment Dispute Settlement". *Harvard International Law Journal* 55 (2014): 45-59.
- Brown Scott, James, ed. *The International Conferences of the American States 1889-1928*. Nueva York: Oxford University Press, 1931.
- Calvo, Carlos. *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*. París: Rousseau, 1896.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos, 30 de abril de 1948.
- Center for the Advancement for the Rule of Law in the Americas (CAROLA). "Investment Regime Reform Alternatives", s.f., acceso el 19 de marzo del 2021. <http://isdslac.georgetown.edu/investment-regime-reform-alternatives>.
- CME *Czech Republic B. V. v. Czech Republic*. Caso UNCITRAL, 2003.
- Código n.º 19 de los Estados Unidos de América, 29 de junio del 2015, "Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act", capítulo 27. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title19/chapter27&edition=prelim>
- Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (Caitisa). s. f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://caitisa.org/>
- Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (Caitisa). *Informe Ejecutivo: Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2017.
- Comisión Europea. "La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión intra-UE". 18 de junio del 2015. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_15_5198.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 92, 12 de diciembre de 1982, que aprueba un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (entre la República de Colombia y el Reino de Italia). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1632181>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). "Investment Dispute Settlement Navigator". s.f. Acceso el 22 de febrero del 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- "Investment Policy Hub". s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/>
- *Fair and Equitable Treatment*. Nueva York: Naciones Unidas, 2012. https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

- Constitución de Colombia de 1821, 6 de agosto de 1821. <https://www.suin-juris.col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/30020077>
- Constitución Política de Colombia de 1886, 5 de agosto de 1886. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862>
- Constitución de la Confederación Argentina de 1853, 1 de mayo de 1853. *Imprenta del Estado*. <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar148es.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador del 2008, 28 de septiembre del 2008. *Registro Oficial* 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Constitución de la República de El Salvador de 1953, 6 de diciembre de 1953. *Diario Oficial* 234, tomo 281. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1883/html/af225698-35fb-4a20-bd10-eac8223baa5d_2.html
- Constitución Política del Estado de Bolivia del 2009, 7 de febrero del 2009. *Gaceta Oficial de Bolivia*. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>
- Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 19 de febrero de 1999. *Gaceta Oficial* 5908 del 2009. <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>
- Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, 8 de noviembre de 1949. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&Valor1=1&Valor2=871&Valor3=928&strTipM=TC#ddown
- Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, 31 de mayo de 1985, *Diario de Centro América*, 1985-06-03, 41. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate93.html>
- Constitución Política de la República de Panamá de 1972, 24 de octubre de 1972. *Gaceta Oficial* 17210. https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/1970/1972/1972_028_2256.pdf
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988, 5 de octubre de 1988. *Diário Oficial*, 1988-10-05. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>
- Constitución Política del Perú de 1993, 29 de diciembre de 1993, *El Peruano*, edición especial 1993-12-30. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/35396/101094/F859341534/PER35396.pdf> “Corporate Attacks on Our Laws”. s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://www.isdscorporateattacks.org/>

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-008, 23 de enero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia C-254, 6 de junio del 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-379, 22 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-494, 15 de septiembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. *Crystallex v. Venezuela*. Caso ICSID n.º ARB(AF)/11/2, 2016.
- Departamento de Asuntos Económicos del Ministerio de Finanzas de India. “Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty”, 14 de enero del 2016. https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf
- Departamento Nacional de Planeación. Resolución 51, 19 de noviembre de 1991, por la cual se hacen ajustes al Estatuto de Inversiones Internacionales. *Diario Oficial* 40 165
- Dietrich Brauch, Martin. *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development (IISD), 2017. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>
- Dolzer, Rudolf. “National Treatment: New Developments”. Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD: Making the Most of International Investment Agreements a Common Agenda, París, 2005. <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>
- Dyreng, Scott y Michelle Hanlon. “Tax Avoidance and Multinational Firm Behavior”. En *Multinational Corporations in a Changing Global Economy*, editado por Fritz Foley, Jim Hines y David Wessel. Washington: Brookings Institution, 2019. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/12/Dyreng-Hanlon-12.14.19.pdf>.
- “Editorial Opinion”. *Washington Post*, 30 de abril del 2015. https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf?tid=a_inl_manual.
- Global Arbitration Review. “Colombia asks investors to waive treaty rights”. 21 de noviembre del 2013. <https://globalarbitrationreview.com/colombia-asks-investors-waive-treaty-rights>.
- “Colombia drops treaty claim waiver provision”. 13 de diciembre del 2013. <https://globalarbitrationreview.com/article/1032872/colombia-drops-treaty-claim-waiver-provision>.

- “Uber threatens Colombia with treaty claim over ban”. 10 de enero del 2020. <https://globalarbitrationreview.com/uber-threatens-colombia-treaty-claim-over-ban>.
 - “Owner of scandal-hit bank brings claim against Colombia”. 20 de mayo del 2020. <https://globalarbitrationreview.com/owner-of-scandal-hit-bank-brings-claim-against-colombia>
 - “Glencore brings third claim against Colombia”. 1.º de junio del 2021. <https://globalarbitrationreview.com/glencore-brings-third-claim-against-colombia>.
 - “Colombia faces second ICSID claim over mine expansion project”. 3 de junio del 2021. <https://globalarbitrationreview.com/colombia-faces-second-icsid-claim-over-mine-expansion-project>.
- Hepburn, Jarrod. “International Court of Justice Finds No Principle of legitimate Expectations in General International Law”. *LA Reporter*, 1.º de octubre del 2018. <https://www.iareporter.com/articles/international-court-of-justice-finds-no-principle-of-legitimate-expectations-in-general-international-law>.
- ISDS Platform. s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <http://isds.bilaterals.org/>
- Joint Interpretative Declaration on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States. 12865/16. General Secretariat of the Council, 10 de octubre del 2016.
- Kahale III, George. “The Inaugural Brooklyn Lecture on International Business Law: ‘ISDS: The Wild, Wild West of International Practice’”. *Brooklyn Journal of International Law* 44 (2018). <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1922&context=bjil>
- King, Aphiwan Natahsa. “National Treatment in International Economic Law: The Case for Consistent Interpretation in New Generation EU Free Trade Agreements”. *Georgetown Journal of International Law* 49 (2018): 929-956.
- Leite, Kendra. “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements”. *American University International Law Review* 32, n.º 1 (2016): 363-401.
- “Letter: More than 300 Civil Society Organizations from 73 Countries Urge Fundamental Reform at UNCITRAL’s Investor-State Dispute Settlement Discussions”. *Public Services International*, 30 de octubre del 2018. <http://www.world-psi.org/en/node/11693>.
- Ley 22 del 2015 de Sudáfrica, 15 de diciembre del 2015. “Protection of Investment Act”. *Gaceta Oficial* 606, n.º 39514. <https://www.gov.za/documents/protection-investment-act-22-2015-15-dec-2015-0000>

- Ley 28 del 2002 de Sudáfrica, 10 de octubre del 2002, “Mineral and Petroleum Resources Development Act”. *Gaceta Oficial* 448, n.º 23 922. <https://www.gov.za/documents/mineral-and-petroleum-resources-development-act>
- Ley 53 del 2003 de Sudáfrica, 9 de enero del 2004. “Broad-based Black Economic Empowerment Act”, *Gaceta Oficial* 463, n.º 25 899. <https://www.gov.za/documents/broad-based-black-economic-empowerment-act>
- Manning-Cabrol, Denise. “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”. *Law & Policy in International Business* 26 (1995): 1169-1200.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. “Acuerdo de Inversiones [tipo de] la República de Colombia, 2017”. Copia con los autores.
- MNSS v. Montenegro*. Caso ICSID n.º ARB(AF)/12/8, 2016.
- Montt, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the bit Generation*. Portland: Hart Publishing, 2012.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile. Decision on Annulment*. Caso ICSID n.º ARB/01/7, 2007.
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*. Caso LCIA n.º UN3467, final award, 2004.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*. Caso ICSID n.º ARB/06/11, 2012.
- Office of the United States Trade Representative. “Bipartisan Agreement on Trade Policy: Investment”, mayo del 2007, acceso el 11 de julio del 2020. https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file146_11282.pdf
- Piero Foresti, Laura de Carli and Others v. Republic of South Africa*. Caso ICSID n.º ARB(AF)/07/1, 2001.
- Potestà, Michele. “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 28, n.º 1 (2013): 88-122.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2153, 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 40 704.
- “Presentación General del Modelo Brasileño de Acuerdos de Inversión”. Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI). s.f., acceso el 10 de febrero del 2020. <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>.

- Public Citizen. “Selected Statements and Actions Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. https://www.citizen.org/wp-content/uploads/selected_statements_and_actions_against_isds_1.pdf
- “Public Statement on the International Investment Regime”. 31 de agosto del 2010. <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>.
- Shan, Wenhua. “From ‘North-South Divide’ to ‘Private-Public Debate’: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law”. *Northwestern Journal of International Law & Business* 27, n.º 3 (2007). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol27/iss3/24/>
- “Is Calvo Dead?”. *The American Journal of Comparative Law* 55, n.º 1 (2007): 123-163.
- Shea, Donald. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and international Law and Diplomacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955.
- Song, Kim y Helen V. Milner. “Multinational Corporations and their Influence Through Lobbying on Foreign Policy”. En *Multinational Corporations in a Changing Global Economy* editado por Fritz Foley, Jim Hines y David Wessel. Washington: Brookings Institution, 2019. https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/12/Kim_Milner_manuscript.pdf
- Stop ISDS. s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://stopisds.org/>
- Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Bogotá, 30 de abril de 1948.
- Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia del 6 de marzo del 2018, Asunto C-284/16, Gran Sala. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12542249>
- Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 11 de agosto del 2020. <https://www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos/Israel/TLC-CO-ISR-CAPITULO-10-INVERSION.pdf.aspx?lang=es-CO>
- Verheecke, Lora, Pia Eberhardt, Cecilia Olivet y Sam Cossar-Gilbert. *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice*. Amsterdam: Friend of the Earth Europe and International, Transnational Institute y Corporate Europe Observatory, 2019. <https://10isdstories.org/wp-content/uploads/2019/06/red-carpet-courts-WEB.pdf>
- White Industries Australia Limited v. Republic of India*. Caso UNCITRAL, 2011.
- World Bank Group. “Gini Index”. s.f. Acceso el 10 de febrero del 2020. <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>.

Hacia un estándar estricto de control constitucional del arbitraje de inversión*

René Urueña

María Angélica Prada-Urbe

INTRODUCCIÓN

Este capítulo explora el control de constitucionalidad abstracto en Colombia, para contribuir a entender el papel que el derecho y los tribunales constitucionales desempeñan en la garantía de los derechos humanos frente al régimen internacional de inversión extranjera y, en particular, frente al arbitraje de inversión como sistema de solución de disputas. Proponemos que la Corte Constitucional colombiana debe modificar su estándar de control de constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje inversión, pasando de un estándar de revisión leve a uno más estricto —una dirección hacia la cual la Corte ya se ha comenzado a mover con la Sentencia C-252 del 2019, pero que implica otros pasos adicionales que la jurisdicción constitucional aún no ha tomado—.

El énfasis en el análisis de constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje, y no en los estándares sustanciales, se explica si se tiene en cuenta que ha sido el ejercicio jurisdiccional de los tribunales de arbitraje de inversión, a través de su interpretación expansiva de las obligaciones sustanciales de los tratados, el que ha generado la controversia alrededor de la legitimidad del sistema. Sin embargo, se entiende que el punto de partida de análisis debe ser la interacción entre estos ordenamientos jurídicos, en vez de enfocarse únicamente en su contradicción o aislamiento. Por esta razón, este capítulo propone un estándar de revisión constitucional de las cláusulas de

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.583>

arbitraje de los tratados de inversión, cuyo objetivo es generar un marco jurídico que permita mantener un diálogo (lo más armónico posible) entre la jurisdicción constitucional colombiana y el arbitraje de inversión¹.

La primera sección de este capítulo muestra que la interacción entre el sistema de arbitraje de inversión y el régimen constitucional de los Estados no solo surge por el control que el primero ejerce actualmente sobre las normas y políticas públicas nacionales, sino porque, en virtud de la tradición constitucional latinoamericana, la jurisdicción constitucional (en este caso concreto, la colombiana) también puede impactar al régimen de inversión extranjera en, por lo menos, cuatro momentos: (1) el control abstracto y previo de los tratados de inversión; (2) la jurisdicción concurrente en disputas de inversión; (3) el control judicial de la implementación de los laudos de arbitramento; y (4) el control constitucional (o administrativo, por la jurisdicción contenciosa) de las normas que implementan el laudo.

De entre estos cuatro momentos de interacción, en el control constitucional abstracto y previo de los tratados de inversión, en especial por su papel preventivo, es donde la Corte Constitucional debe fijar un marco jurídico que genere un diálogo entre la jurisdicción constitucional y el régimen de arbitraje de inversión. Así, procedemos a proponer cuál debe ser ese estándar de control de constitucionalidad, en particular alrededor de dos dimensiones: primero, el texto jurídico objeto de control constitucional: ¿debe el control constitucional referirse solamente al texto del tratado o debería también considerar las interpretaciones dadas en sede arbitral internacional?; y, segundo, el control de la justificación misma de ratificar el tratado: ¿debe el control constitucional considerar las razones para la ratificación del tratado en sí misma o debe la Corte Constitucional ser deferente a la decisión de las ramas Ejecutiva y Legislativa sobre el particular?

Con todo, no es suficiente con que la Corte Constitucional enuncie estos estándares en la parte resolutive de sus sentencias. Esta debe dar órdenes concretas que dirijan al jefe de Estado (en Colombia, el presidente

¹ Algunos autores sostienen que el uso de argumentos constitucionales para resistir o limitar los impactos de los tratados de inversión extranjera en América Latina es, en mayor o menor medida, un resurgimiento o reactivación de la doctrina Calvo. Véase Wenhua Shan, "From 'North-South Divide' to 'Private-Public Debate': Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law", *Northwestern Journal of International Law & Business* 27, n.º 3 (2007): 631-664; Angelo Jr. Golia, "Counter-Limits Beyond Europe? The Latin American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective", *Annuario Di Diritto Comparato e Studi Legislativi* 10 (2019), <https://papers.ssrn.com/abstract=3239072>.

de la República) a que negocie una nota interpretativa, una enmienda, un protocolo adicional o cualquier otro mecanismo aceptado por el derecho internacional público, que permita reflejar en el tratado la interpretación constitucional. Como explicaremos, esta es una transformación que la Corte ha adoptado a partir del 2019, en una evolución que, en nuestro criterio, refleja un ejemplo por seguir en el control constitucional en América Latina.

Una vez establecida la necesidad de un control estricto, en la siguiente sección proponemos ciertos parámetros sustanciales para la constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje de inversión. Sin embargo, para hacerlo, primero, abordaremos los argumentos de que las cláusulas de arbitraje de inversión son *prima facie* inconstitucionales, pues constituyen una discriminación invertida contra los inversionistas nacionales y una delegación inconstitucional de la función jurisdiccional. Si bien consideramos que no existe *prima facie* una violación al principio de igualdad constitucional ni a la función estatal de administración de justicia, sí mostraremos que, al tratarse de un ejercicio de autoridad pública descentralizado a nivel internacional, las cláusulas de arbitraje deben ser sujetas, como mínimo, a tres análisis de constitucionalidad: (1) las cláusulas de arbitraje de inversión deben incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos contraídas por Colombia; (2) estos deben garantizar el principio de democracia constitucional en términos de transparencia y participación; y (3) los tribunales de arbitramento deben tener deferencia ante las decisiones de la altas cortes nacionales, en especial la Corte Constitucional. Finalmente, en la última sección se presentan las conclusiones.

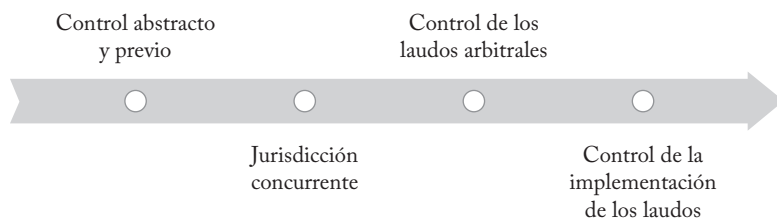
DESCRIBIENDO LA ESCENA: CUATRO ESPACIOS DE INTERACCIÓN ENTRE LA JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Si bien la relación entre el arbitraje de inversión y el poder regulador del Estado ha sido ampliamente estudiada, la interacción entre las decisiones de los tribunales de arbitraje de inversión y las decisiones de los tribunales nacionales, en especial los tribunales constitucionales, ha recibido menos atención. Esto es particularmente problemático en el contexto colombiano, pues las competencias que la Constitución Política le otorga a la Corte Constitucional en materias de interpretación del texto constitucional, protección de los derechos fundamentales, revisión previa (formal y material) de la constitucionalidad de los tratados internacionales y control

constitucional de las leyes nacionales² llevan a que la Corte Constitucional intervenga de manera importante en la aplicación del régimen de inversión extranjera.

En Colombia se pueden identificar cuatro momentos del régimen de arbitraje de inversión en las cuales las cortes nacionales, en especial la Corte Constitucional, pueden llegar a tener influencia: (1) el control abstracto y previo de los tratados de inversión; (2) la jurisdicción concurrente en disputas de inversión; (3) el control judicial de la implementación de los laudos de arbitramento; y (4) el control constitucional (o administrativo, por la jurisdicción contenciosa) de las normas que implementan el laudo³. La existencia de estas diferentes fases de interacción demuestra que existe una necesidad de generar mecanismos de diálogo entre los órganos de adjudicación nacional e internacional en materia de inversión extranjera (figura 3.1).

FIGURA 3.1. Espacios de intervención de la jurisdicción nacional en el régimen de inversión extranjera



Fuente: elaboración propia.

Teniendo en cuenta los diferentes espacios de intervención de la jurisdicción colombiana en el régimen de inversiones extranjeras, el control abstracto y previo de constitucionalidad de los tratados adquiere un papel fundamental, pues en esta etapa la Corte Constitucional está llamada a fijar un marco jurídico que permita mantener un diálogo lo más armónico posible entre la jurisdicción colombiana y el arbitraje de inversión, en tanto mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional. Si se quiere, el control abstracto es la piedra angular del sistema de control en

² Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241.

³ Para un análisis de las diferentes fases de interacción entre los órganos nacionales e internacionales de adjudicación en materia de inversión en América Latina, véase Juan Camilo Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 667-745.

las otras fases, por lo que es crucial que la Corte Constitucional introduzca en su análisis de constitucionalidad un examen sobre el respeto al principio democrático. Después de explicar en detalle cada uno de los cuatro espacios de intervención, procederemos a proponer un estándar de control abstracto de constitucional que garantice su integralidad y cumpla con su objetivo de prevención.

Control abstracto y previo de constitucionalidad de los tratados

Un primer ámbito en el que las cortes constitucionales impactan el régimen de inversión internacional es a través del control de constitucionalidad del derecho convencional en el que se basa el sistema⁴. En Colombia, el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política le otorga a la Corte Constitucional la competencia para ejercer un control integral, previo y automático sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias. Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional he reiterado que sus decisiones de control previo de constitucionalidad en el caso de tratados comerciales y de inversión constituyen una cosa juzgada *prima facie*.

La existencia de jurisdicciones concurrentes

Uno de los cambios más importantes que el régimen de inversión extranjera trajo al marco internacional de la protección de los derechos de los extranjeros fue el casi total abandono de la protección diplomática y, en consecuencia, de la obligación de agotar los recursos internos antes de acudir ante un tribunal internacional. Hoy en día, los Estados pueden decidir si quieren o no incluir en el tratado el requisito de iniciar un procedimiento doméstico antes de acudir a la jurisdicción arbitral internacional. La inclusión de este tipo de requisitos en los tratados de inversión ha sido muy variada: algunos exigen el agotamiento de recursos internos, otros requieren de periodos de enfriamiento, otros prefieren que el inversionista escoja entre el foro doméstico o internacional (las llamadas *cláusulas de bifurcación del camino*), mientras que otros no contienen ninguna disposición al respecto⁵.

⁴ *Ibid.*, 697. Dentro de los países que cuentan con un control de constitucionalidad de los tratados se encuentran: Costa Rica (art. 10.b. de la Constitución Política), Bolivia (art. 202.9. Constitución Política del Estado), Ecuador (art. 438.1 de la Constitución), Perú (art. 200 de la Constitución Política) y Chile (art. 93.1 de la Constitución Política).

⁵ Fandiño-Bravo, "LL. M. Thesis", 16-17.

Si bien las cláusulas de bifurcación del camino buscan, justamente, evitar la existencia de procesos concurrentes a nivel doméstico y nacional sobre los mismos hechos⁶, pueden llegar a existir casos en los que, por la ausencia de estas disposiciones o por la forma en que la cláusula fue redactada, una corte nacional y un tribunal internacional de arbitraje ejerzan competencia sobre una disputa que surja de los mismos hechos⁷. Este ha sido el caso, por ejemplo, de algunas disputas en el marco del Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), como la disputa de Gami contra México⁸. Sin embargo, estos casos se refieren principalmente a instancias en las que los propios inversionistas han iniciado paralelamente procesos ante las jurisdicciones nacionales e internacionales para resolver su controversia con el Estado.

Ahora bien, en Colombia, como resultado de la existencia de acciones constitucionales que protegen derechos individuales (la acción de tutela⁹) y colectivos (las acciones populares y de grupo¹⁰), pueden darse casos en los que se presente una jurisdicción concurrente cuando la disputa de inversión verse sobre temas que afecten los derechos fundamentales. Este es el caso, por ejemplo, de las demandas que Colombia enfrenta con empresas internacionales cuya inversión está relacionada con la extracción de recursos naturales. En la demanda de Eco Oro Minerals Corp. ya existen sentencias de la Corte Constitucional que se encuentran relacionadas con la disputa¹¹ y que, muy probablemente, serán revisadas por el tribunal de arbitraje.

Control de la implementación de los laudos arbitrales

Un poco más discutido en la literatura es el papel que las cortes nacionales desempeñan en la etapa de implementación de los laudos arbitrales. Actualmente, existen a nivel internacional dos regímenes de implementación de laudos. Por un lado, los casos resueltos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) deben ser reconocidos como obligatorios

⁶ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of international investment law*, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 267-268.

⁷ Fandiño-Bravo, "LL. M. Thesis", 717-718.

⁸ Sergio Puig, "Social Capital in the Arbitration Market", *European Journal of International Law* 25, n.º 2 (2014): 52.

⁹ Constitución Política de Colombia, art. 86.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, art. 88; Congreso de la República, L. 472/1998.

¹¹ Por ejemplo, la Sentencia T-361 del 2017, en la que la Corte falla con respecto a la delimitación del páramo de Santurbán, que impide que se desarrollen proyectos de minería en ese territorio. C. Const., Sent. T-361, may. 30/2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

e implementados como si se tratara de un fallo final de una corte nacional; así lo establecen los artículos 53 y 54.1 del Convenio del CIADI. Por el otro, los demás laudos de arbitraje de inversión se encuentran cubiertos por la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), la cual permite que se discuta en sede doméstica, en ciertas circunstancias específicas, el reconocimiento y la implementación de los laudos arbitrales¹².

En Colombia el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de los laudos de arbitraje internacional, cobijados por la Convención de Nueva York, se encuentra regido por la Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Esta ley tuvo como objetivo integrar al ordenamiento jurídico colombiano las normas de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos, así como resolver las críticas que se habían hecho del uso de la figura del *exequatur*, contenida en el Código de Procedimiento Civil¹³. Al igual que la Convención de Nueva York, esta ley contiene una lista de causales taxativas y limitadas por las cuales se puede denegar el reconocimiento de un laudo¹⁴.

Sin embargo, esto no ha evitado que los Estados demandados busquen la revisión de los laudos arbitrales ante su propia jurisdicción o ante las jurisdicciones de otros países cuando estas fueron elegidas como el foro del procedimiento arbitral¹⁵. Además, como han advertido algunos comentaristas, sigue abierta la posibilidad de que los Estados usen argumentos sobre “violación de los derechos humanos” o “por razones de política pública” para que las cortes nacionales nieguen el reconocimiento y la implementación de las sentencias de arbitraje¹⁶.

En cuanto a los laudos arbitrales proferidos en el marco del CIADI, en principio, estos no pueden ser objeto de ningún recurso judicial por cuenta del art. 53 de la Convenio CIADI que establece: “El laudo será obligatorio

¹² Véase Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. 34.

¹³ Nicolás Lozada, “Diferencias entre exequátur y reconocimiento de laudos arbitrales internacionales”, *Ambito Jurídico* (blog), 5 de febrero del 2004, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/diferencias-entre-exequatur-y-reconocimiento-de-laudos-arbitrales>.

¹⁴ Congreso de la República, L. 1563/2012, art. 112.

¹⁵ Por ejemplo, las cortes canadienses revisaron bajo este argumento el caso de *Metalclad* contra México. Véase *United Mexican States v. Metalclad Corp. (Mex. v. B. C.)*, bcsc 664, 2001, <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Metalclad/MetalcladJudgement.pdf>.

¹⁶ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, art. V(2)(b); Audley Sheppard, “Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards”, *Arbitration International* 19, n.º 2 (2003): 217-248.

para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”¹⁷. Sin embargo, en algunos países, como Argentina, ya existen sentencias en las que se especifica que esa disposición no puede leerse como una barrera para proteger los derechos fundamentales:

Que en atención a lo expuesto, no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable¹⁸.

En Colombia, por su parte, ya se permite el uso extraordinario de la acción de tutela contra laudos arbitrales. La Corte Constitucional ha señalado en diversas ocasiones que

los laudos arbitrales se equiparan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela. En efecto, este mecanismo constitucional es procedente contra laudos arbitrales siempre que con ellos se vulneren, amenacen o afecten los derechos fundamentales de las partes o de terceros¹⁹.

Si bien hasta el momento no existe un laudo de arbitraje de inversión que haya sido objeto de una acción de tutela (principalmente porque aún no existe un laudo en contra de Colombia ante esa jurisdicción), esta posibilidad pareciera estar abierta, ya que, bajo el art. 54 de la Convención del CIADI, los laudos de arbitraje de inversión deben tratarse como “una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”, y en Colombia las sentencias de los tribunales nacionales (excepto las de tutela) pueden cuestionarse por medio de la acción de tutela.

¹⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Convenio CIADI, reglamento y reglas. Washington: CIADI, 2006. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento*, 1.º de junio del 2004, par. 14

¹⁹ C. Const., Sent. T-055, feb. 3/2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Control abstracto de la legislación que implementa el laudo

Finalmente, como mencionamos, es importante tener en cuenta que las sentencias que la Corte Constitucional emite en el marco del control abstracto y previo de los tratados tienen un efecto de cosa juzgada *prima facie*. Esto quiere decir que, para la Corte, estas decisiones no resuelven todos los asuntos con relevancia constitucional que pueden surgir de la ratificación de los tratados de inversión, en especial en lo que respecta a la implementación de los tratados:

De igual manera, las futuras ejecuciones legislativas y administrativas del instrumento internacional deben ser conformes con la Constitución. En efecto, es usual que ciertas disposiciones consagradas en tratados internacionales tengan carácter, en términos de la doctrina americana y seguida por la europea, de normas *non-self-executing*, esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado requieran del correspondiente desarrollo normativo, a diferencia de aquellas que son *self-executing* o autoejecutables. Así pues, aquellas disposiciones con rango legal o reglamentario que permitan la debida ejecución interna de un tratado internacional de libre comercio, deberán ser sometidas a los correspondientes controles judiciales²⁰.

De manera similar, muchas veces los laudos arbitrales requieren de la implementación de legislación o actos administrativos para su cumplimiento. En virtud de la cosa juzgada *prima facie*, estos también podrían llegar a ser objeto de control de constitucionalidad abstracto o, incluso, si violan o representan un riesgo para los derechos fundamentales, podría haber lugar a la presentación de acciones de tutela.

¿POR QUÉ ES DESEABLE UN ESTÁNDAR ESTRICTO DE REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS DE INVERSIÓN?

Concentrémonos ahora en el primer espacio de interacción: el control abstracto y previo de tratados de inversión. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional ejerce sobre los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias tiene seis características:

²⁰ C. Const., Sent. C-608, ago. 3/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(i) *es previo* al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación de la ley en el Congreso y a su sanción gubernamental; (ii) *es automático*, en cuanto la ley aprobatoria debe ser remitida por el Presidente de la República a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes al acto de sanción; (iii) *es habilitante*, dado que constituye un requisito sine qua non para que el Estado colombiano se obligue internacionalmente frente al respectivo tratado; (iv) *es preventivo*, pues su objetivo es detectar de forma anticipada a la vigencia del tratado, los eventuales quebrantamientos que se presenten frente a la preceptiva superior; (v) el mismo tiene fuerza de *cosa juzgada constitucional*; y, finalmente, (vi) *es integral*, en la medida en que le corresponde a la Corte examinar tanto los aspectos formales como materiales de la ley y del tratado, confrontándolos con la integridad del texto constitucional y demás normas que hagan parte del mismo ordenamiento Superior [énfasis con negrita en el original]²¹.

Ahora bien, ¿qué tan estricto debe ser ese control previo? Esto es, ¿cuál debe ser el estándar de revisión adoptado por la Corte? En términos generales, la Corte Constitucional ha adoptado un estándar flexible de revisión, situación que cambió de manera clara entre los años 2009 y 2019, en particular con la Sentencia C-252 del 2019. Hasta esa sentencia, la jurisprudencia constitucional no había estudiado la posibilidad real de alcanzar los objetivos económicos y de integración que se establecen en los preámbulos de estos tratados o en la exposición de motivos de sus leyes aprobatorias. Hasta cierto punto, pareciese que la Corte no lo ha hecho porque presume que este tipo de tratados son beneficiosos para el desarrollo del país. Sin embargo, como explicaremos en detalle, esta presunción no tiene ningún sustento empírico; por el contrario, los estudios que existen al respecto advierten que los Estados deben ser más cuidadosos al momento de decidir ratificar los tratados de inversión extranjera.

La Constitución Política de Colombia establece que le corresponde al presidente de la República dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios²², así como promover “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”²³. Es a la luz de estas disposiciones que la Corte Constitucional, en sus primeras sentencias de constitucionalidad sobre acuerdos

²¹ C. Const., Sent. C-286, may. 13/2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²² Constitución Política de Colombia, art. 189.2.

²³ *Ibid.*, art. 226.

comerciales, estableció que los aspectos de conveniencia, oportunidad, efectividad y utilidad de los acuerdos comerciales no forman parte de las funciones jurídicas de control constitucional que le han sido otorgados²⁴, rechazando así la posibilidad de un estándar estricto de revisión.

Esta jurisprudencia fue posteriormente modificada en dos dimensiones claves: primero, respecto al texto jurídico objeto de control constitucional: ¿debe el control constitucional referirse solamente al texto del tratado o debería también considerar las interpretaciones dadas en sede arbitral internacional?; y, segundo, respecto al control de la justificación misma de ratificar el tratado: ¿debe el control constitucional considerar las razones para la ratificación del tratado en sí misma o debe la Corte Constitucional ser deferente a la decisión de las ramas Ejecutiva y Legislativa sobre el particular? A continuación, se exploran cada una de estas preguntas.

El control constitucional debe ir más allá del texto del tratado e incluir los precedentes arbitrales

El régimen de inversión extranjera es un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional. A diferencia del arbitraje comercial internacional, el arbitraje de inversión ha creado un cuerpo normativo cuasicoherente que, a través de laudos arbitrales, ha desarrollado los estándares sustanciales contenidos en los tratados más allá de su formulación inicial²⁵. Si bien es una realidad que los textos de los tratados de inversión se han caracterizado por ser cortos y estar redactados de manera vaga, el hecho de que los tratados internacionales de inversión tengan cláusulas similares y que los laudos arbitrales sean en su mayoría públicos ha llevado a que el arbitraje de inversión extranjera haya evolucionado hacia un sistema robusto de cuasiprecedente judicial²⁶.

²⁴ Véanse C. Const., Sent. C-323, jul. 10/1997, M.P. Fabio Morón Díaz; C. Const., Sent. C-492, sep. 15/1998, M.P. Fabio Morón Díaz; C. Const., Sent. C-750, jul. 24/2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 2007); Stephan W. Schill, *The multilateralization of international investment law*, vol. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); Stephan W. Schill, "International Arbitrators as System-Builders", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012): 295; Campbell McLachlan, Laurence Shore, y Matthew Weiniger, *International investment arbitration: substantive principles* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

²⁶ Anthea Roberts, "Divergence Between Investment and Commercial Arbitration", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012): 298.

En efecto, el contenido normativo del derecho internacional de la inversión extranjera se ha desarrollado más allá de las expectativas iniciales de los Estados que, a través de los tratados de inversión, dieron su consentimiento para el surgimiento y la consolidación de los tribunales arbitrales de inversión como principal mecanismo de solución de disputas entre el Estado y sus inversionistas. Un claro ejemplo de esto es que no existía ninguna expectativa de los Estados, al incluir el estándar de trato justo y equitativo, de que se generara un estándar internacional que promoviera el congelamiento de los marcos regulatorios estatales²⁷.

Por medio del desarrollo de los laudos, justificado en una interpretación expansiva de los estándares contenidos en los tratados (en especial, aunque no solamente, el de trato justo y equitativo, así como el estándar de expropiación indirecta), los tribunales de arbitraje de inversión han creado estándares de buena gobernanza que les permiten, por ejemplo, revisar procesos administrativos. Algunos de estos son los relativos a la estabilidad, predictibilidad y consistencia del sistema jurídico, la protección de las expectativas legítimas, el debido proceso administrativo y procesal, y los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad en los procesos administrativos²⁸. El resultado de este sistema de cuasiprecedente internacional es que, hoy en día, existe una expectativa normativa basada en los precedentes de arbitraje sobre cómo deben resolverse las disputas y cómo las partes deben comportarse tanto con respecto a sus obligaciones sustanciales como a las reglas procesales²⁹.

En este marco, resulta claro que el control de constitucionalidad no puede referirse exclusivamente al texto de los tratados. Por el contrario, bajo

²⁷ David Schneiderman, "Against Constitutional Excess: Tocquevillian Reflections on International Investment Law", *University Chicago Law Review* 85 (2018): 599.

²⁸ René Uruña, "Subsidiarity and the public-private distinction in investment treaty arbitration", *Law & Contemporary Problems* 79 (2016): 102-103. Véase Stephan W. Schill, "Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law", *Transnational Dispute Management (TDM)* 3, n.º 5 (2006); Benedict Kingsbury y Stephan Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2009.

²⁹ Véanse René Uruña, "Of Precedents and Ideology: Law-making by Investment Arbitration Tribunals", en *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, editado por Prabhakar Singh y Benoît Mayer (Oxford: Oxford University Press, 2014), 276-303; Jeswald W. Salacuse, "The emerging global regime for investment", *Harvard International Law Journal* 51 (2010): 427; Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties* (Oxford: Oxford University Press on Demand, 2010); Schill, "International Arbitrators as System-Builders", 296.

el paradigma dominante en la actualidad —es decir, el que entiende al régimen de inversión como un ejercicio descentralizado de poder público internacional³⁰—, el análisis de constitucionalidad de los tratados de inversión extranjera debe considerar también la interpretación dada por los tribunales arbitrales, el cual es, precisamente, donde se concreta el ejercicio del poder público internacional que debe ser objeto de control constitucional. Ese es el efecto de las cláusulas de arbitraje de inversión en el régimen de inversión que funciona como un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público. Toda vez que el arbitraje de inversión es un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional que se caracteriza por tener un sistema de cuasiprecedente jurisprudencial³¹, al momento de contrastar las disposiciones del tratado con la Constitución Política, no es suficiente que la Corte Constitucional analice el texto de las diferentes cláusulas a partir de una interpretación meramente textual o literal de este, sino que debe hacerlo a la luz de la interpretación que los laudos han hecho de su contenido.

La Corte Constitucional ha aceptado esta aproximación. A pesar de que para la Corte (y en contraste con lo que se argumentó) no hay un verdadero sistema de precedente en el arbitraje de inversión³², en todo caso, el alcance del control de constitucionalidad debe extenderse también a la interpretación de las cláusulas de los tratados de los tribunales de arbitramento, siempre que esas interpretaciones “tengan relevancia constitucional”; en tal caso, según la Corte,

resulta necesario tenerlos en cuenta para efectos de evaluar su compatibilidad con la Constitución Política y, así, armonizar (i) el carácter abstracto del control de constitucionalidad con los “significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas [...] en la práctica jurídica y social”, así como (ii) “el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley con la función que corresponde a esta Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución³³.”

³⁰ René Uruña, “Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, editado por Armin Von Bogdandy *et al.* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018); Uruña, “Of Precedents and Ideology”.

³¹ Uruña, “Of Precedents and Ideology”.

³² C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, apartado 57.

³³ *Ibid.*, apartado 57.

Esta aproximación fue cuestionada por el magistrado Linares. Para el magistrado disidente, “la Corte parece indicar que existe un sistema de precedentes en el derecho internacional al elaborar e interpretar conceptos jurídicos del Acuerdo amparándose casi que exclusivamente en los fallos de tribunales de arbitraje inversionista-Estado”, lo cual, “desconoce abiertamente el sistema de fuentes del derecho internacional”; adicionalmente, según Linares, la Corte incurrió en “un *uso indiscriminado* de los fallos arbitrales para sustentar su posición”, pues no explicó “cómo los hechos y el derecho aplicable en estos casos resulta en concreto pertinente para interpretar el texto específico del Acuerdo” (énfasis en el original)³⁴. Así, según esta línea de crítica,

al basar la interpretación del Acuerdo en decisiones arbitrales y doctrina de publicistas, los cuales apenas constituyen *medios auxiliares* para la determinación de reglas de derecho, la Corte abandonó el sistema de fuentes del derecho internacional, otorgándole a las decisiones arbitrales un valor superior al que realmente tienen, y omitió interpretarlo de manera adecuada, conforme a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969^[35] [énfasis añadido].

De similar forma, la magistrada Fajardo manifestó que el fallo mayoritario erraba al considerar como criterio fallos arbitrales, pues, “conformidad con el derecho internacional, estas decisiones son simplemente criterios auxiliares de interpretación, y de acuerdo al artículo 230 de la Constitución Política, tampoco podrían considerarse fuentes formales de derecho”³⁶.

El control constitucional debe considerar si hay justificación para la ratificación del tratado

Ahora bien, la segunda pregunta que surge hace referencia al control de la justificación misma de ratificar el tratado: ¿debe el control constitucional considerar las razones para la ratificación del tratado en sí misma o debe la Corte Constitucional ser deferente a la decisión de las ramas Ejecutiva y Legislativa sobre el particular?

³⁴ *Ibid.*, salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares, apartado 4.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo, apartado 2.4

Hasta el 2009, la deferencia de la Corte Constitucional fue total. Sin embargo, esta posición comenzó a cambiar, al menos respecto a tratados de libre comercio, a partir de la Sentencia C-031 del 2009, sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile. Según el nuevo precedente constitucional:

No obstante lo anterior (refiriéndose a la deferencia antes mencionada), lo cierto es que el examen de constitucionalidad acerca del respeto de los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional, en los términos de los artículos 9, 150.16, 226 y 227 Superiores, tratándose de Acuerdos de Libre Comercio, *no puede adelantarse sin tomar en cuenta las actuales dimensiones de los intercambios comerciales entre las Partes; las expectativas válidas de incremento de aquéllos, al igual que el grado de desarrollo de sus respectivas economías* [énfasis con negrita en el original]³⁷.

Este control más estricto se vio confirmado en la Sentencia C-608 del 2010, sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, mediante la cual se aceptó un análisis sobre las condiciones y los objetivos económicos y comerciales que llevan a la ratificación de tratados de libre comercio. Así según la Corte, si bien, en principio, la intensidad del control de constitucionalidad en los tratados comerciales debe ser leve, “aquel *se torna intenso en relación con aquellas cláusulas convencionales que afecten el disfrute de derechos fundamentales constitucionales*, tales como la salud y el trabajo, al igual que la protección de las comunidades indígenas y raizales” [énfasis con negrita en el original]³⁸.

Sin embargo, este estándar de revisión material no había sido trasladado al análisis de constitucionalidad de los tratados de inversión extranjera. En las sentencias de constitucionalidad sobre los acuerdos de inversión, la Corte seguía estableciendo que la

suscripción de acuerdos fundados en la promoción y protección de las inversiones, hace parte de una política pública de comercio exterior, coherente y generalizada, utilizada por los Estados, y en particular por Colombia, *para atraer los flujos de inversión directa de los países exportadores de capital a países en desarrollo, con el fin de aprovechar su efecto positivo sobre los países receptores de inversión*, permitiéndole a éstos obtener beneficios relacionados con la

³⁷ C. Const., Sent. C-031, ene. 28/2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterado en C. Const., Sent. C-608 del 2010.

³⁸ C. Const., Sent. C-608 del 2010.

generación de empleo, la transferencia de tecnología y el complemento del ahorro interno, entre muchos otros [énfasis con negrita en el original]³⁹.

No obstante, la realidad es que no existe evidencia empírica que demuestre que los tratados de inversión extranjera contribuyen a atraer mayor inversión y, por ende, a mejorar el desarrollo económico de los Estados. Esta presunción aparece de forma reiterada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha limitado a expresar en múltiples sentencias que los acuerdos internacionales de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por el Estado colombiano son constitucionales, “por cuanto satisfacen una necesidad de integración de la economía nacional que se impone como consecuencia de la globalización de la economía mundial”⁴⁰. Más recientemente, la Corte afirmó que

La relación positiva entre los Acuerdos de Inversión suscritos con países altamente exportadores de capital, como es el caso de Japón, y el aumento de los flujos de inversión extranjera directa hacia un país, ha sido objeto de distintos estudios econométricos, los cuales han coincidido en señalar que este tipo de acuerdos no sólo son instrumentos importantes para el desarrollo económico del país, de conformidad con lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo, sino que, adicionalmente, son instrumentos que permiten proteger las inversiones nacionales en el extranjero⁴¹.

Esta lógica de la Corte pareciera estar en consonancia con las teorías que hace más de treinta años buscaron justificar el surgimiento y la expansión del régimen internacional de inversión, a partir de la idea de que la ratificación de tratados de inversión conlleva una mayor atracción de la inversión extranjera y, por lo tanto, el desarrollo económico del país⁴².

Así, contrario a lo que afirmó la Corte en las sentencias citadas, no existen estudios concluyentes (ni cuantitativos ni cualitativos) que le permitan a la Corte crear una presunción constitucional de que los tratados de inversión efectivamente incentivan una mayor atracción de inversión extranjera al país que los ratifica. Un estudio publicado en el 2018 por la Organización

³⁹ C. Const., Sent. C-199, mar. 14/2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martela.

⁴⁰ C. Const., Sent. C-750 del 2008; C. Const., Sent. C-358, ago. 14/1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; C. Const., Sent. C-379, ago. 22/1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ C. Const., Sent. C-286 del 2015.

⁴² Andrew T. Guzman, “Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties”, *Virginia Journal of International Law* 38 (1997): 639.

para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de la cual Colombia forma parte desde el 25 mayo del 2018, en el que se revisan más de treinta estudios cuantitativos que buscan determinar si existe una correlación entre los tratados de inversión y los flujos de inversión, concluye que no existe evidencia indiscutible de esa correlación, debido a la existencia de sesgos y problemas metodológicos en la mayoría de los estudios⁴³. Entre los problemas que son identificados en este documento se encuentran el uso de una concepción de inversión extranjera diferente a la que se usa en los tratados de inversión, la falta de desagregación por nacionalidad de la inversión (teniendo en cuenta que los tratados solo benefician a los nacionales de los países firmantes) y que no se logra demostrar la causalidad entre la ratificación de los tratados y el aumento de flujos de inversión⁴⁴.

Otro tipo de estudios, de carácter cualitativo, han buscado determinar si realmente la ratificación de los tratados de inversión extranjera influye en la decisión de un inversionista de invertir en un determinado país. La mayoría de estos estudios han encontrado (a partir de encuestas y entrevistas con inversionistas, negociadores de los tratados y funcionarios de las entidades públicas que promueven el comercio) que la existencia o no de los tratados de inversión no desempeña un papel importante en la decisión de un inversionista de dónde va a invertir⁴⁵. Además, en muchos de estos estudios, se ha encontrado que los inversionistas no tienen un interés en promover la ratificación de estos tratados o no conocen, siquiera, si estos han sido ratificados en los países donde deciden invertir⁴⁶.

Incluso, en la actualidad, la idea generalizada de que la inversión extranjera trae beneficios al desarrollo económico de los Estados ha sido cuestionada. Si bien es cierto que la inversión extranjera puede traer beneficios a los países, existen también estudios empíricos que muestran que, en algunos casos, de hecho, la inversión extranjera puede tener resultados negativos⁴⁷.

⁴³ Joachim Pohl, "Societal benefits and costs of International Investment Agreements. A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence", *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, n.º 1 (2018): 19.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen y Michael Waibel, *The political economy of the investment treaty regime* (Oxford: Oxford University Press, 2017); Bruce A. Blonigen, "A review of the empirical literature on FDI determinants", *Atlantic Economic Journal* 33, n.º 4 (2005): 383-403; Jason Webb Yackee, "Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment-some hints from alternative evidence", *Virginia Journal of International Law* 51 (2010): 397.

⁴⁶ Pohl, "Societal benefits and costs", 31-32.

⁴⁷ Un estudio que se llevó a cabo a finales de la década de los ochenta, cuando estaban en auge las políticas de desarrollo para atraer inversión extranjera directa, concluyó que de un

En todo caso, pareciera existir un consenso alrededor de que los efectos positivos de la inversión extranjera para el desarrollo de los países no son automáticos y dependen de factores como el tipo o sector de inversión, el contexto social y económico del país, entre muchos otros⁴⁸. Todos estos elementos deben ser considerados por un país al momento de decidir si entra o no en una negociación para concluir un tratado de inversión extranjera.

El problema, advierte el estudio citado de la OCDE, es que los estudios econométricos existentes, los cuales adolecen de importantes problemas metodológicos e imprecisiones, han permeado en la conciencia general de los hacedores de política pública (y al parecer de la Corte Constitucional colombiana), a pesar de las numerosas críticas a la hipótesis de que los tratados de inversión atraen mayores flujos de inversión extranjera⁴⁹. Teniendo en cuenta la ausencia de certeza de los impactos positivos de los tratados de inversión extranjera, y habiendo discutido los posibles impactos negativos que el arbitraje de inversión tiene sobre el poder regulador del Estado y los derechos fundamentales (en especial de poblaciones protegidas, como los pueblos indígenas), consideramos que la *necesidad* del mecanismo de solución de disputas del tratado debe ser justificada explícitamente por parte del Estado colombiano para poder declarar su constitucionalidad.

Por lo tanto, con toda la información disponible con respecto a los impactos del régimen de inversión extranjera, no es posible *presumir* el efecto de incentivo de la inversión, sino que este debe demostrarse. Al momento de hacerlo, el Gobierno colombiano debería, como mínimo, manifestar que: (1) efectivamente es posible atraer mayor inversión extranjera del país con el que se ratifica el tratado; (2) la inversión que se busca atraer puede contribuir al desarrollo del país; (3) existen posibles inversionistas colombianos que requieren de esta protección adicional en el otro país contratante; y (4) no hay otra forma de traer el objetivo buscado (atraer la inversión

total de 183 proyectos de inversión en treinta países entre el 55 % y el 75 % produjeron efectos positivos para el desarrollo, mientras que entre el 25 % y el 45 % trajeron consigo efectos negativos para el desarrollo de los países receptores de la inversión. Véase Dennis J. Encarnation y Louis T. Wells, "Evaluating Foreign Investment", en *Investing in Development: New Roles for Private Capital?*, editado por Theodore H. Moran (Washington: Overseas Development Council, 1986).

⁴⁸ Theodore H. Moran, "Foreign Direct Investment and Development: A Reassessment of the Evidence and Policy Implications", OECD Conference on the Role of International Investment in Development, Corporate Responsibilities and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 1999.

⁴⁹ Pohl, "Societal benefits and costs".

extranjera) sin incurrir en la posible restricción de la libertad regulatoria colombiana, es decir, si existe o no un mecanismo menos restrictivo.

Esta visión fue parcialmente aceptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019. Para el alto tribunal, la revisión que la Corte debe hacer de la ley aprobatoria de tratados de inversión no debe ser flexible, sino que debe ejercerse

mediante un juicio de razonabilidad, que implica verificar (i) que las finalidades globales y de cada una de las cláusulas del tratado resulten legítimas a la luz de la Constitución Política y (ii) que el tratado en su conjunto, así como las medidas individualmente previstas en dicho instrumento, sean idóneos, esto es, que existan elementos de juicio que permitan concluir que contribuirán a alcanzar sus finalidades⁵⁰.

De esa forma, la Corte adoptó un estándar mucho más estricto del que venía definiendo la jurisprudencia, pues encontró que recaía en el ámbito de su control la revisión de la razonabilidad de la ratificación misma del tratado, así como de la de cada una de sus cláusulas, negándose, en consecuencia, a ser deferente a la decisión del presidente de la República de ratificarse en sí misma.

En la aplicación de este nuevo estándar estricto, la Corte encontró, en todo caso, que el tratado bilateral sí satisfacía el test de razonabilidad planteado. Para la Corte, “el Gobierno Nacional y otros actores que participaron en el proceso de constitucionalidad aportaron razones y evidencia empírica que justifican la celebración de este tratado y permiten concluir que es un instrumento idóneo para alcanzar las finalidades señaladas”⁵¹. Así, a pesar de la ausencia de evidencia en el sentido de que los tratados bilaterales de inversión (TBI) atraigan inversión extranjera, señalada anteriormente, la Corte consideró que aún si no hay esa evidencia, “tampoco existe evidencia empírica de lo contrario, esto es, que este acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) no tiene la potencialidad de generar IED [inversión extranjera directa] (IED)”; de esta manera, para la Corte, fue suficiente determinar en términos generales los flujos de inversión entre los dos Estados (y no la potencialidad de atracción de inversión del Estado), los cuales, aunados a “la legitimidad política de las ramas ejecutiva y legislativa de cara a la negociación de estos instrumentos, suplen,

⁵⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 65.

⁵¹ *Ibid.*, apartado 107.

de manera razonable, la falta de evidencia empírica concreta que demuestre que este instrumento incrementará la IED en el país⁵².

Aunque el tratado fue encontrado razonable por la mayoría, el hecho de que se aplicara un test más estricto de revisión fue cuestionado por los votos disidentes, quienes observaron un cambio jurisprudencial injustificado. Para la magistrada Fajardo, la mayoría no explica por qué debe introducirse este nivel adicional de escrutinio y, en particular, cuestiona el uso del test de razonabilidad, cuya utilidad no se explica, en especial cuando tal test introduciría, según la magistrada disidente, parámetros de conveniencia y oportunidad en el análisis constitucional, los cuales serían ajenos a los procesos de revisión de constitucionalidad⁵³. De igual forma, para el magistrado Linares, este cambio en la jurisprudencia comportaría “una intervención excesiva en las facultades del Ejecutivo, de dirección y manejo de las relaciones internacionales”⁵⁴.

Haciendo efectivo el control estricto: la necesidad de órdenes concretas por parte de la Corte Constitucional

Ahora bien, cuando la Corte Constitucional ha encontrado una contradicción entre el texto del tratado y la Constitución Política, ha tomado dos caminos diferentes para resolver el conflicto⁵⁵. Por un lado, ha declarado la inconstitucionalidad de la provisión y le ha ordenado al presidente de la República que, al ratificar el tratado, no manifieste el consentimiento sobre esa provisión específica. Este fue el caso de las decisiones sobre control de constitucionalidad de los tratados de inversión con el Reino Unido, Perú y España, en las que se declaró la inconstitucionalidad de las cláusulas de los tratados que prohibían la expropiación sin compensación⁵⁶, ya que el artículo 58 de la Constitución Política autorizaba la expropiación sin indemnización por razones de equidad⁵⁷. Estos tratados nunca entraron en

⁵² *Ibid.*, apartado 108.

⁵³ *Ibid.*, salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo, apartados 1.2-1.6

⁵⁴ *Ibid.*, salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares, apartado 3.

⁵⁵ Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 701.

⁵⁶ Véase C. Const., Sent. C-358 de 1996 (sentencia del APPRI Colombia-Reino Unido); Sent. C-008, ene. 23/1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero (sentencia del APPRI Colombia-Perú); y Sent. C-494, sept. 15/1998, M.P. Hernando Herrera Vergara (sentencia del APPRI Colombia-España).

⁵⁷ Texto eliminado del artículo 58 de la Constitución Política: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra

vigor debido a que los otros países contratantes no aceptaron la modificación solicitada por la Corte a la cláusula de expropiación; por esa razón, en 1999 el Congreso aprobó una modificación al artículo 58 de la Constitución Política, para eliminar la figura de la expropiación sin indemnización por razones de equidad⁵⁸.

Por otro lado, la Corte ha establecido la constitucionalidad condicionada de algunas provisiones que contradicen la Constitución Política, autorizando al presidente a ratificar el tratado en el entendido de que sea interpretado en consonancia con la declaración de constitucionalidad condicionada dada en la respectiva sentencia⁵⁹. Por ejemplo, en la Sentencia C-358 de 1996, la Corte estableció que el artículo 4.º del acuerdo entre Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña, por el cual se promueven y protegen las inversiones, el cual contenía los principios de trato nacional y nación más favorecida, “quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros”⁶⁰.

El problema de esta segunda aproximación es que no tiene ningún efecto ante un tribunal de arbitraje si esa decisión no se manifiesta en el tratado a través de una nota interpretativa, una enmienda, un protocolo adicional o cualquier otra forma aceptada por el derecho internacional público⁶¹. En efecto, en la sentencia la Corte solo se indica:

De acuerdo con lo advertido en la parte motiva de esta providencia, las cláusulas de tratamiento nacional y de la Nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros. Solo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado en obligarse por el Tratado⁶².

En efecto, no da una orden clara con respecto a la necesidad de modificar el contenido del tratado a través de un mecanismo de derecho internacional público.

Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

⁵⁸ A. L. 1/99.

⁵⁹ Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 703.

⁶⁰ C. Const., Sent. C-358 de 1996.

⁶¹ Véase Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 703, nota al pie 155.

⁶² C. Const., Sent. C-358 de 1996.

En sentencias posteriores, la Corte Constitucional ha reiterado la constitucionalidad de las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, en el entendido de que estas “no tiene[n] por qué excluir la posibilidad, derivada del artículo 100 de la Constitución Política, de que, por razones de orden público, la ley subordine a condiciones especiales o incluso niegue el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”⁶³. Además, en algunas de estas, como es el caso de la sentencia sobre el acuerdo de inversión entre Colombia y China⁶⁴, la Corte no solo no da una orden concreta al respecto, sino que, además, no hace ninguna mención sobre la constitucionalidad condicionada en el “resuelve” de la sentencia. Como explicaremos, para que la jurisprudencia constitucional pueda generar un diálogo con el régimen de inversión, es fundamental que la Corte ordene de manera expresa una modificación del tratado.

En este punto radica una de las principales innovaciones de la Sentencia C-252 del 2019, en la que la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del tratado de protección de inversiones de Colombia con Francia. En esa decisión, la Corte decidió declarar condicionalmente ajustadas a la Constitución colombiana algunas cláusulas del tratado, y advirtió al presidente de Colombia que, si este,

en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en esta sentencia⁶⁵.

Declaración interpretativa conjunta que, según la Corte, “no deberá someterse a la aprobación del Congreso de la República ni al control de constitucionalidad que ejerce esta Corte, habida cuenta de que su objeto es delimitar el alcance hermenéutico de las expresiones declaradas exequibles con los respectivos condicionamientos”⁶⁶. Esta orden, sin embargo, fue objeto de crítica por parte del magistrado Linares y la magistrada Fajardo, quienes cuestionaron la facultad de la Corte Constitucional de imponer al

⁶³ C. Const., Sent. C-199 del 2012.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 460.

⁶⁶ *Ibid.*, apartado 460.

Ejecutivo tales restricciones⁶⁷. A pesar de las críticas, y en seguimiento de la orden mayoritaria, Colombia y Francia, en efecto, acordaron la declaración interpretativa conjunta, la cual reflejó los condicionamientos de la Corte.

PARÁMETROS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Una vez precisado que debe darse un control de constitucionalidad estricto, procedemos ahora a definir algunos puntos centrales que, en nuestro criterio, deben guiar el control sustancial del arbitraje de inversión. Sin embargo, es importante resaltar que las consideraciones propuestas no hacen referencia a las disciplinas sustanciales de los tratados (por ejemplo, el estándar de trato justo y equitativo, o la regulación de la expropiación), sino, más bien, a la constitucionalidad del arbitraje de inversión en tanto mecanismo de solución de disputas.

Ahora bien, frente al análisis de constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje de inversión extranjera, se han propuesto desde el derecho constitucional dos posturas radicalmente opuestas: por un lado, que estas cláusulas son inconstitucionales por violar el principio de igualdad; por el otro, que estas cláusulas son constitucionales, pues su negociación y ratificación se encuentran dentro de los poderes constitucionalmente conferidos al jefe de Estado. Esta última es la posición que hasta el momento ha defendido la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia.

A continuación, expondremos por qué ninguna de estas dos posiciones es adecuada en el marco del análisis constitucional. Por una parte, defendemos que las cláusulas de arbitraje contenidas en los tratados de inversión extranjera no son *prima facie* inconstitucionales, pues no violan el principio de igualdad constitucional (art. 13 de la Constitución Política) ni son una delegación inconstitucional de la función jurisdiccional (art. 228 de la Constitución Política). Por otra parte, argumentaremos que, debido a que el régimen de inversión extranjera es un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público que limita la potestad regulatoria del Estado, estas deben ser sujetas a un control de constitucionalidad abstracto más estricto, el cual conste de, por lo menos, tres estándares constitucionales: (1) debe

⁶⁷ *Ibid.*, salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo, apartado 23; salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares, apartado 18. En el mismo sentido de este último, véase C. Const., Sent. C-184, abr. 4/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares.

garantizar la compatibilidad del arbitraje con las obligaciones de derechos humanos de Colombia; (2) debe respetar los principios de democracia y participación constitucional; y (3) debe garantizar deferencia ante las decisiones de las altas cortes de los Estados parte del tratado, en especial la Corte Constitucional.

Los mecanismos de solución de controversias de los tratados de inversión no son *prima facie* inconstitucionales

Los mecanismos de solución de disputas en los tratados de inversión no violan *prima facie* el principio de igualdad constitucional

En primer lugar, abordaremos la pregunta sobre si las cláusulas de los tratados de inversión que establecen el mecanismo de solución de diferencias ante tribunales de arbitraje de inversión son inconstitucionales por violación del principio de igualdad (art. 13 de la Constitución Política). Este argumento ha sido presentado no solo en Colombia, sino también en otros países del mundo⁶⁸, arguyendo que existe una violación al principio de igualdad, pues estas cláusulas otorgan a los inversionistas extranjeros un trato desigual frente a los inversionistas nacionales del país receptor de la inversión, ya que estos últimos no tienen acceso al arbitraje de inversión internacional para su protección⁶⁹. Tribunales en otros países, como es el caso del Consejo Constitucional de Francia, ya han establecido que las cláusulas de solución de controversias en este tipo de tratados no representan una violación al principio de igualdad constitucional⁷⁰.

La Corte Constitucional colombiana ha reiterado en su jurisprudencia que, al momento de evaluar si una medida legislativa o administrativa constituye un tratamiento diferenciado violatorio del principio de igualdad constitucional (art. 13 de la Constitución Política), se deben analizar tres elementos que constituyen el juicio integrado de igualdad:

⁶⁸ Por ejemplo, esta discusión se produjo en Alemania en el marco de la ratificación del Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA, por sus siglas en inglés). Véase Christian Riffel, “Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?” (Society of International Economic Law [SIEL], Sixth Biennial Global Conference, 2018), <https://papers.ssrn.com/abstract=3209086>.

⁶⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “¿Es constitucional el TLC?”, *Derechos y Economía. Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, n.º 1 (2007), <https://www.dejusticia.org/es-constitucional-el-tlc/>.

⁷⁰ Consejo Constitucional de Francia, Décision n.º 2017-749 DC, 31 de julio del 2017.

Un primer paso del análisis consiste en identificar, como presupuesto lógico de todo juicio de igualdad, los sujetos entre los cuales se predica el tratamiento presuntamente desigual y el parámetro (*tertium comparationis*) que los hace comparables entre sí. El segundo paso consiste en determinar el nivel de intensidad del juicio de igualdad, de acuerdo a la naturaleza de la medida analizada y la afectación que sobre un derecho, garantía o posición jurídica implica; finalmente, se debe realizar el escrutinio de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, conforme al grado de exigencia de la intensidad que corresponda al caso analizado⁷¹.

Para aplicar el juicio integrado de igualdad a las cláusulas de resolución de controversias, es fundamental, primero, recordar que los acuerdos internacionales de inversión son tratados entre Estados, los cuales se encuentran regidos por las fuentes jurídicas del derecho internacional público; por lo tanto, las obligaciones contenidas en estos tratados son obligaciones que se le deben directamente (o principalmente) al otro Estado contratante, y solo de manera derivada a sus inversionistas. En otras palabras, los tratados internacionales de inversión extranjera no conceden derechos a los inversionistas (del tipo establecido en los tratados de derechos humanos), sino que, por el contrario, establecen obligaciones recíprocas entre los Estados parte⁷². Bajo este entendido, en lo que respecta a las cláusulas de solución de disputas, los tratados de inversión extranjera no les conceden derechos directos a los inversionistas, sino que le confieren el derecho a los Estados de concederles, a su vez, derechos derivados a sus nacionales⁷³.

Esta distinción es importante para entender cómo, en virtud de la ratificación de los acuerdos internacionales de inversión y del principio de reciprocidad, se genera una nueva categoría de sujeto protegido —el inversionista colombiano en el exterior—, el cual no se contempla en el sistema jurídico colombiano, dado que, en virtud del principio de territorialidad, este no puede extender su protección a nacionales que se encuentran fuera

⁷¹ C. Const., Sent. C-220, abr. 19/2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

⁷² Anastasios Gourgourinis, "The Nature of Investor's Rights under Investment Treaties: A Comment on Paparinskis' Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility", *EJIL: Talk!* (blog), 22 de octubre del 2013, <https://www.ejiltalk.org/the-nature-of-investors-rights-under-investment-treaties-a-comment-on-paparinskis-investment-treaty-arbitration-and-the-new-law-of-state-responsibility/>. Véase *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v. Mexico*, caso ICSID n.º ARB(AF)/04/05 (NAFTA), laudo, 21 de noviembre del 2007.

⁷³ Douglas Zachary, "The hybrid foundations of investment treaty arbitration", *The British Year Book of International Law* 74, n.º 1 (2004): 151.

de su jurisdicción. En esta medida, la categoría de comparación relevante no es “inversionista colombiano en Colombia” respecto a “inversionista francés en Colombia”, sino que, por el contrario, la comparación debe hacerse entre el “inversionista colombiano en Colombia” y el “inversionista colombiano en el país extranjero”, que son las categorías de sujetos diferentes creadas a través del tratado y que están, al menos jurídicamente, en una posición similar.

En consecuencia, no se trata en este caso de un trato diferenciado entre iguales, sino un trato diferenciado entre diferentes: inversionistas colombianos fuera de su país e inversionistas colombianos en su propio país. Así, en la lógica de los derechos derivados, “los sujetos entre los cuales se predica el tratamiento presuntamente desigual y el parámetro (*tertium comparationis*) que los hace comparables entre sí”⁷⁴ son los inversionistas nacionales (en este caso, colombianos) que se encuentran en un país extranjero y que, por lo tanto, por el principio de la territorialidad del derecho, no podrían acceder a protección por parte de su país de nacionalidad.

En este sentido, no existe un trato desigual frente a los inversionistas colombianos que invierten en Colombia porque: (1) estos ya tienen un mecanismo de protección de sus derechos en el país, por lo que se encuentran, de hecho, en una situación más favorable que los inversionistas colombianos en el exterior, ya que hasta antes del tratado de inversión no habían sido reconocidos como sujetos de protección; (2) no tendría ningún sentido que Colombia adquiriera un compromiso con otro país para que le reconocieran el derecho de otorgar a sus propios inversionistas la posibilidad de recurrir a un tribunal internacional.

Sin embargo, esta aclaración no es usualmente incluida en los tratados bilaterales de inversión. Como se sabe, los tratados de inversión incluyen disposiciones que previenen la discriminación en contra de los inversionistas extranjeros, a favor de los nacionales (según el estándar de trato nacional) o a favor de los inversionistas de un tercer Estado (según el estándar de nación más favorecida). No obstante, el derecho internacional de inversión extranjera no suele incluir disposiciones que prevengan la discriminación en contra del inversionista nacional a favor del extranjero —típicamente, reconociendo a este último una serie de garantías sustanciales y procesales de las que no disfruta el primero—.

Por este motivo, la Corte Constitucional colombiana decidió, en Sentencia C-252 del 2019, condicionar la exequibilidad del tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Francia, en lo que concierne a las cláusulas

⁷⁴ C. Const., Sent. C-220 del 2017.

sustanciales del tratado, “bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales”⁷⁵. Para la Corte, este condicionamiento es necesario para impedir que las cláusulas del tratado se interpreten de manera tal que se otorguen tratos más favorables injustificados al inversionista extranjero sobre el nacional, buscando así, en últimas,

garantizar que todos los inversionistas, locales y extranjeros, en Colombia estén sometidos a la misma protección de sus inversiones, derechos y expectativas legítimas, y, por tanto, que no se derive responsabilidad internacional alguna para el Estado colombiano como consecuencia de actuaciones que garanticen este mandato del principio de igualdad⁷⁶.

Por el contrario, respecto a los mecanismos de solución de disputas inversionista-Estado, la Corte Constitucional encontró, como se sugirió, que no hay cabida a un cuestionamiento en términos de igualdad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre respecto a las disposiciones sustanciales, la Corte encontró que la posibilidad de recurrir al arbitraje de inversión (que se le reconoce al inversionista extranjero, pero no al nacional) no vulnera el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales al otorgarle un trato privilegiado a los extranjeros, toda vez que

el criterio de comparación aplicable a esta regla es el alcance de los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros de ambos Estados y, por tanto, los grupos comparables, a la luz de esta regla, son los inversionistas franceses en Colombia y los colombianos en Francia. Frente a este criterio de comparación y en relación con estos sujetos comparables, la Corte constata que el trato previsto [...] es igualitario (art. 13 de la CP)⁷⁷.

No hay *prima facie* una delegación inconstitucional de la función jurisdiccional

En segundo lugar, abordaremos la pregunta de si existe una vulneración de la función estatal de administrar justicia (art. 228 de la Constitución Política) o si se trata de una delegación inconstitucional de la función jurisdiccional.

⁷⁵ C. Const, Sent. C- 252 del 2019, apartado 120.

⁷⁶ *Ibid.*, apartado 121.

⁷⁷ *Ibid.*, apartado 377.

Desde sus primeras sentencias de constitucionalidad sobre tratados de integración económica, la Corte Constitucional reconoció que, con base en el artículo 150, numeral 16, de la Constitución Política, el Estado colombiano se encuentra autorizado a transferir “por medio de tratados y también sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”, parcialmente determinadas, atribuciones a organismos internacionales⁷⁸. Frente al establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de disputas, la Corte ha establecido:

Una visión integral de la Carta Política permite concluir que esta busca, como uno de sus propósitos fundamentales, la resolución pacífica de los conflictos. Para el logro de este objetivo consagra una serie de mecanismos que tienden a desconcentrar la administración de justicia y a establecer mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las jurisdicciones especiales, los jueces de paz, la conciliación o *el arbitramento* [énfasis con negrita en el original]⁷⁹.

Ahora bien, si el régimen de inversión extranjera pudiera entenderse simplemente como un mecanismo de solución de controversias, entonces este análisis sería suficiente para declarar la constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje. Sin embargo, como se trata de un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional, cuya consecuencia práctica es la limitación del poder regulatorio del Estado, es necesario llevar a cabo un análisis de constitucionalidad más profundo. Si bien coincidimos con la Corte Constitucional en que al delegar funciones jurisdiccionales al sistema de arbitraje de inversión se busca como objetivo legítimo la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas (art. 226 de la Constitución Política), así como la atracción de la inversión para el desarrollo⁸⁰; dada la posible afectación que los tribunales de inversión extranjera tienen en las funciones regulatoria de los Estados, la Corte Constitucional debe exigirle al Gobierno colombiano que demuestre de manera concluyente que el mecanismo de solución de controversias contenido en el tratado de inversión es necesario para alcanzar sus objetivos legítimos.

⁷⁸ C. Const, Sent. C-203, may. 11/1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁹ C. Const, Sent. C-358 de 1996.

⁸⁰ C. Const., Sent. C-286 del 2015.

Las cláusulas de arbitraje de inversión deben garantizar la compatibilidad del arbitraje con las obligaciones de derechos humanos de Colombia

Si bien bajo el derecho internacional público no existe una jerarquía entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de la inversión (excepto, claro, en lo que respecta a las normas de *ius cogens*)⁸¹, esta jerarquía sí se encuentra claramente establecida en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y comercial no constituyen parámetros de constitucionalidad, por cuanto *no despliegan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias*” (énfasis con negrita en el original)⁸². La jerarquía constitucional que ostentan las obligaciones de derechos humanos de Colombia frente a sus obligaciones en el derecho de la inversión extranjera debe entenderse como un mandato constitucional que requiere que, para que el arbitraje de inversión extranjera sea constitucional, los árbitros interpreten y apliquen las cláusulas de tratado de inversión extranjera a la luz de las obligaciones de derechos humanos contraídas por Colombia.

A nivel internacional también se ha advertido de la necesidad de tomar medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos dentro del régimen de inversión extranjera. Por eso, el Grupo de Trabajo sobre la

⁸¹ Debido a que no existe una jerarquía entre estos dos regímenes, conflictos entre el derecho internacional de la inversión extranjera y el derecho internacional de los derechos humanos han sido encuadrados como problemas de fragmentación o como un problema de colisión de regímenes. Sobre el problema de la fragmentación, véase Martti Koskenniemi y Päivi Leino, “Fragmentation of international law? Postmodern anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15, n.º 3 (2002): 553-579; Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, en *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril del 2006. Sobre la colisión de regímenes, véase Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law* 25, n.º 4 (2004): 999; Gunther Teubner y Peter Korth, “Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society”, en *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, ed. Margaret Young (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 23-54.

⁸² C. Const., Sent. C-750 del 2008. Véase también C. Const., Sent. C-191, may. 6/1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y C. Const., Sent. C-155, mar. 7/2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas de las Naciones Unidas advirtió, en su reporte a la Asamblea General, que

Los Estados deberían llevar a cabo un proceso inclusivo y transparente de evaluación del impacto sobre los derechos humanos antes de cerrar acuerdos comerciales y de inversión e incluir explícitamente disposiciones sustantivas en materia de derechos humanos en esos acuerdos, a fin de preservar un margen adecuado de acción en materia de políticas para poder cumplir sus obligaciones relativas a los derechos humanos⁸³.

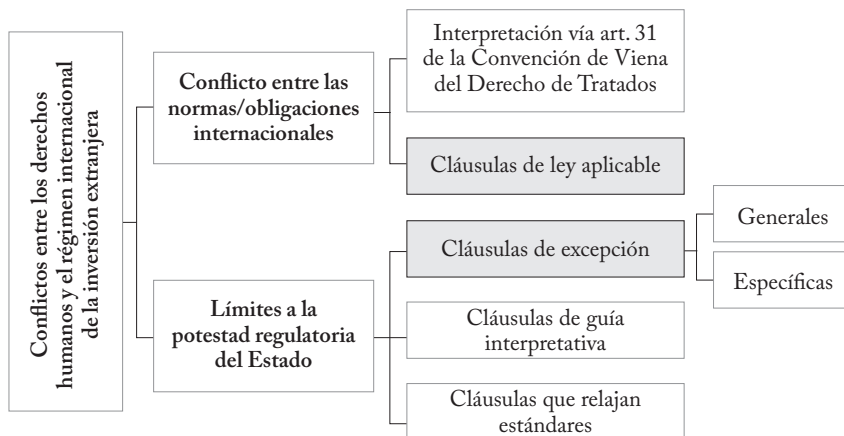
Este mandato es fundamental porque, como ya se discutió en los puntos anteriores, pueden surgir casos en los que se presente un conflicto o contradicción entre el sistema normativo de la inversión extranjera y el sistema del derecho internacional de los derechos humanos⁸⁴. Este choque se puede producir a dos niveles analíticos diferentes. Por un lado, el arbitraje de inversión le impone límites a la soberanía regulatoria de los Estados, lo que ha tenido el efecto de limitar o, por lo menos, aumentar el costo de la implementación de normas o políticas públicas cuyo objetivo es la protección de los derechos humanos⁸⁵. Por el otro, este choque se puede dar a nivel normativo, cuando existe un conflicto entre las obligaciones del derecho internacional de la inversión extranjera y las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos (figura 3.2).

⁸³ Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas-Naciones Unidas, “Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/72/162”, 18 de julio del 2017, párr. 77, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/68/PDF/N1721868.pdf?OpenElement>.

⁸⁴ “El arbitraje de inversiones ha sido considerado en ocasiones como en conflicto con el derecho de los derechos humanos —un conflicto en ocasiones encuadrado como un problema de fragmentación, o como un conflicto de regímenes. Desde esta lectura, el *acquis* de derechos humanos entraría en conflicto con la protección internacional de inversiones, y en particular con el arbitraje de inversiones” (Urueña, “Después de la fragmentación”, 63). Véase también Mehmet Toral y Thomas Schultz, “The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”, en *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, editado por Michael Waibel *et al.* (The Hague: Kluwer Law, 2010).

⁸⁵ Urueña, “Después de la fragmentación”, 64.

FIGURA 3.2. Tipos de conflictos entre los derechos humanos y el régimen de inversión extranjera, y sus posibles soluciones



Fuente: elaboración propia.

El primer tipo de choque ha sido resuelto a través de la inclusión de cláusulas de excepción, interpretación o de relajamiento de estándares en los tratados, con el objetivo de impactar la interpretación y aplicación de las obligaciones sustanciales (trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo, entre otras) contenidas en los tratados⁸⁶. En este capítulo no se analizarán este tipo de mecanismos, dado que el énfasis de este es discutir la constitucionalidad de las cláusulas de solución de diferencias y no los estándares sustanciales del tratado.

⁸⁶ Tres tipos de cláusulas han sido las más comúnmente implementadas: (1) las cláusulas de excepción (generales y relativa a ciertas obligaciones o específicas); (2) las cláusulas que proveen guías interpretativas; y (3) las cláusulas que relajan los estándares. De estos tres tipos de cláusulas solo las primeras han sido vistas como efectivas en materia de garantizar el poder regulador del Estado. Por el contrario, las cláusulas interpretativas y las cláusulas que relajan estándares han sido entendidas como provisiones que no tienen verdaderos efectos prácticos en materia de adjudicación de arbitrajes de inversión. Para un estudio de los diferentes tipos de cláusulas y sus efectos, véanse Levent Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law. The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibility* (Heidelberg: Nomos, 2018); Markus Krajewski, "Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights", CIDSE Private Sector Group, 2017, <https://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies.html>.

En consecuencia, para el análisis constitucional de las cláusulas de los tratados de inversión que incluyen mecanismos de solución de diferencia, es fundamental enfocarse en el segundo tipo de conflicto: el posible choque normativo entre las obligaciones del Estado, derivadas del derecho internacional de la inversión extranjera, y sus obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos. Entendemos por posibles conflictos normativos aquellos casos en los que

la estructura profunda del derecho de la protección de inversiones y sus lealtades éticas podrían entrar en conflicto con los valores de los derechos humanos. Así, mientras que el arbitraje de inversiones tiene como fin último la liberalización del comercio y la protección de la inversión, el derecho de los derechos humanos encontraría su fin en la protección de la dignidad humana, la democracia y el Estado de derecho⁸⁷.

La referencia a las obligaciones de los Estados parte derivadas del derecho internacional de los derechos humanos es rara en los tratados de inversión; sin embargo, cada vez se encuentran más ejemplos, como el caso de los acuerdos negociados por el Gobierno de Austria⁸⁸. Existen dos formas en las cuales se ha buscado solucionar el conflicto normativo entre estos dos regímenes del derecho internacional: (1) a través de la interpretación de los términos del tratado de inversión, usando la jurisprudencia o los estándares de los tratados de los derechos humanos, con base en una cláusula interpretativa o en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados; y (2) al incluir las normas de derechos humanos en las cláusulas sobre fuentes del derecho del tratado (cláusulas de ley aplicable)⁸⁹.

En primer lugar, analizaremos la posibilidad de interpretar los tratados de inversión extranjera a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Autores como Bruno Simma consideran que no es necesario modificar las cláusulas del tratado para armonizar el derecho de inversión extranjera

⁸⁷ Uruña, “Después de la fragmentación”, 63-64.

⁸⁸ Lone Wandahl Mouyal, *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective* (Londres: Routledge, 2016), 141. A pesar de esta, la referencia a los derechos humanos continúa siendo marginal. Véase Clara Reiner y Christoph Schreuer, “Human Rights and International Investment Arbitration”, en *Human rights in international investment law and arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy *et al.* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

⁸⁹ Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *International & Comparative Law Quarterly* 60, n.º 3 (2011): 581.

con los derechos humanos, pues las obligaciones y normas de este último pueden aplicarse a través del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena⁹⁰. No obstante, los requisitos de implementación del artículo 31(3)(c) hacen que esta solución no sea adecuada para la mayoría de los países en América Latina, ya que para poder incorporar vía interpretativa una norma de derecho internacional de derechos humanos a las disputas de inversión se debe cumplir con tres requisitos: (1) debe ser una norma; (2) debe ser relevante; y (3) debe ser aplicable en las relaciones entre las partes⁹¹. El problema radica en el tercer requisito, el cual exige que las normas de derechos humanos sean aplicables en las relaciones entre las partes, pues esto impediría la aplicación de las normas que se derivan de los sistemas regionales de derechos humanos cuando una de las partes del tratado no participa de ese sistema⁹².

En el caso de América Latina, la mayoría de las disputas de inversión se presentan entre países latinoamericanos e inversionistas de países en desarrollo que no forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que las disposiciones normativas derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás tratados del sistema no serían aplicables en esas disputas a través del artículo 31(3)(c). Esto es especialmente gravoso en la región por la tradición que se ha forjado en los últimos años de diálogo interjurisdiccional entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹³, así como por la aplicación

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ United Nations. "Vienna Convention on the Law of Treaties", *Treaty Series* 1155 (1969): 331, art. 31(3)(c).

⁹² Ernst-Ulrich Petersmann sostiene que existen muchos problemas en la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados para armonizar los derechos humanos con el derecho internacional de la inversión, ya que esta convención fue redactada con una lógica que no responde a la función constitucional que han asumido los tratados de derechos humanos ni a la internacionalización de las constituciones nacionales. Ernst-Ulrich Petersmann, "Introduction and summary: 'administration of justice' in international investment law and adjudication?", en *Human rights in international investment law and arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy *et al.* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 31.

⁹³ "En efecto, las constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas que permiten la integración del orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad". Flávia Piovesan, "Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Armin von Bogdandy *et al.* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 72-73. Véanse también George Rodrigo Bandeira Galindo, René Uruña y Aida Torres Pérez, eds., *Protección Multinivel en Derechos Humanos* (Barcelona: Pompeu Fabra, 2013); Manuel Góngora Mera, "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana

del control de convencionalidad por parte de los jueces domésticos⁹⁴. En el caso específico de Colombia, el artículo 93 de la Constitución Política reclama que las obligaciones contenidas en los tratados de inversión extranjera sean armonizadas con las normas de derechos humanos que se integran a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad, entre las cuales se incluyen las convenciones y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁹⁵.

En todo caso, en la práctica los árbitros no han recurrido al artículo 31(3)(c) como mecanismo de interpretación para integrar consideraciones de derechos humanos a las disputas de inversión⁹⁶. Ahora bien, dado que las normas de derechos humanos solo pueden ser tenidos en cuenta por un tribunal de inversión si este se encuentra expresamente autorizado a aplicarlas⁹⁷, otra solución que se ha planteado es la inclusión de cláusulas de derecho aplicable que establezcan el derecho internacional de derechos humanos como una fuente de derecho aplicable en la disputa de inversión. Hoy en día, muchos de los tratados incluyen cláusulas de derecho aplicable generales que hacen referencia a la posibilidad de emplear fuentes de derechos externos al tratado⁹⁸. Sin embargo, la mayoría de estas cláusulas de derecho aplicable se refieren únicamente a la utilización del derecho internacional público en general y no hacen referencia a normas específicas. En cualquier caso, incluso cuando los tratados contienen estas cláusulas de derecho aplicable que hacen referencia al derecho internacional público

de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en *Estudos avançados de direitos humanos: Democracia e integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, editado por Armin von Bogdandy *et al.* (Río de Janeiro: Elsevier, 2013), 312-337; Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, eds., *Ius Constitutionale Commune in América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014).

⁹⁴ Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad* (Caracas: Editorial Jurídica Venezonala, 2012); Víctor Bazán y Nash Claudio, eds., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (Bogotá: Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer, 2012).

⁹⁵ María Angélica Prada-Urbe, “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, en *Protección multinivel en derechos humanos*, editado por George Rodrigo Bandeira Galindo *et al.* (Barcelona: Pompeu Fabra, 2013).

⁹⁶ Uno de los pocos casos en los que se ha aplicado esta doctrina es *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina*, caso CIADI n.º ARB/07/26, laudo, 8 de diciembre del 2016.

⁹⁷ Simma, “Foreign Investment Arbitration”, 582.

⁹⁸ Convención del CIADI, art. 42(1).

en general, en la práctica arbitral ha sido poco común la referencia a las normas de derechos humanos a la hora de decidir las disputas⁹⁹. Por ello, una cláusula de aplicación del derecho que cumpla con el mandato constitucional de armonización de las obligaciones del tratado de inversión con las obligaciones de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia debe incluir referencias expresas a este cuerpo de derecho.

Una posible redacción de esta cláusula que debe ser incluida en el tratado de inversión podría ser la siguiente: “El tribunal de arbitramento decidirá la controversia de acuerdo con este tratado y las reglas y principios aplicables de derecho internacional, en especial de acuerdo con las obligaciones de los Estados parte derivadas del derecho internacional de los derechos humanos”.

Principio de democracia: transparencia y participación en el proceso de arbitraje

Uno de los efectos de que el régimen de inversión extranjera funcione como un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional es que esto ha llevado a que se cuestione su legitimidad, por cuanto este adolece de un déficit democrático¹⁰⁰. Por esta razón, el régimen de inversión es fuertemente criticado por su falta de transparencia y los insuficientes espacios para la participación de terceros dentro de los procedimientos¹⁰¹.

En Colombia, nuestra Constitución Política está basada en un marco jurídico “democrático y participativo”¹⁰². Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en la relevancia que la participación tiene en el ordenamiento constitucional y en su condición de fuente de legitimidad¹⁰³.

⁹⁹ Yannick Radi, “Realizing human rights in investment treaty arbitration: A perspective from within the international investment law toolbox”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 37, n.º 4 (2011): 1116.

¹⁰⁰ Véanse Barnali Choudhury, “Recapturing public power: is investment arbitration’s engagement of the public interest contributing to the democratic deficit”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, n.º 3 (2008): 775; Dominik Horodyski, “Democratic Deficit of Investment Arbitration in the view of rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency”, *US-China Law Review* 13, n.º 160 (2016): 160-171.

¹⁰¹ Farouk El-Hosseny, *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects* (Leiden: Brill, 2018), 5.

¹⁰² C. Const., Sent. C-150, abr. 8/2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰³ C. Const., Sent T-540, sep. 24/1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C. Const., Sent C-089, mar. 3/1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De manera similar, el principio democrático, tanto formal como sustancial, forma parte del *corpus iuris* común latinoamericano¹⁰⁴.

Ahora bien, es claro que este principio toma diversas formas. En el marco del arbitraje de inversión, este toma la forma específica, por una parte, del deber de transparencia y participación ciudadana en los procedimientos arbitrales internacionales y, por otra, del mismo deber de transparencia y participación en la gestión que de los litigios colombianos haga el Estado colombiano. Hasta el momento, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre el valor del principio democrático y del derecho a la participación ciudadana en el marco del arbitraje de inversión. A continuación, explicaremos cada uno de estos puntos por separado y haremos una propuesta concreta frente al deber constitucional de transparencia y participación tanto del Gobierno colombiano como del tribunal arbitral de inversión.

Deber de transparencia y participación en la gestión que de los litigios colombianos haga el Estado colombiano

El principio democrático implica, cuando menos, que en la gestión de los litigios que involucran a Colombia se provea a nivel nacional la información necesaria para la participación ciudadana en el espacio adecuado, así como que se abran los espacios de participación efectiva. Sin embargo, el Gobierno ha interpretado de manera expansiva los estándares de reserva de documentos relacionados con las relaciones internacionales¹⁰⁵, limitando completamente el acceso de la sociedad civil a la información básica relacionada con los litigios de inversión¹⁰⁶.

A pesar de que hay información que legítimamente debe ser confidencial, esta insistencia de la reserva absoluta entra en contradicción con la garantía del derecho fundamental al acceso a la información respecto de un

¹⁰⁴ Mariela Morales Antoniazzi, “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, compilado por Armin von Bogdandy *et al.* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010). Véase también Rodolfo Arango, “Fundamentos de *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Armin von Bogdandy *et al.* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014).

¹⁰⁵ L. 1450/2011, art. 235; D. 1939/2013.

¹⁰⁶ María Natalia Castro Peña, “El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 38 (2017): 23-66.

ejercicio de poder público, como lo es el arbitraje de inversión¹⁰⁷. Hasta este momento, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta reserva, ni en sede constitucional ni en sede de tutela. Desde el punto de vista del arbitraje de inversión como un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional, el mandato constitucional exige que la confidencialidad de los documentos relativos al litigio de inversión deba analizarse cuidadosamente, pues en estos se pueden ver afectados los derechos fundamentales individuales y colectivos protegidos por la Constitución.

Ya la Corte Constitucional ha advertido que la confidencialidad no puede ser absoluta y, por lo tanto, debe ceder ante valores constitucionales con mayor importancia en las sociedades democráticas:

La confidencialidad de los documentos públicos en un Estado Democrático no puede ser absoluta, como quiera que la regla general es el principio de publicidad en la actuación de las autoridades y la excepción es la reserva; por consiguiente, el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, *prima facie*, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “La preservación de una democracia constitucional está estrechamente ligada al derecho que tienen todas las personas de acceder a los documentos públicos, toda vez que de esa manera se asegura un efectivo control social por parte de la ciudadanía sobre la gestión pública en sus diversos órdenes. Este control ciudadano sobre las actuaciones públicas demanda una actitud pasiva por parte del Estado, en cuanto tiene el deber de abstenerse de censurar la información y, simultáneamente, exige una conducta activa orientada a proporcionar los medios para que la ciudadanía pueda en todo tiempo acceder a los archivos y documentos en los cuales se plasma la actividad estatal. En ese sentido, la Carta Política de 1991 instituye la democracia participativa como uno de los principios fundamentales y ejes axiales del sistema constitucional, siendo una de sus principales manifestaciones normativas el contenido dispositivo del Artículo 74 Superior que, establece como regla general el derecho de acceso a los documentos públicos y a modo de excepción que la información pública esté sometida a reserva, para lo cual se requiere la intervención del legislador” (C. Const., Sent. C-221, may. 4/2016, M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁰⁸ C. Const., Sent. T-928, sep. 24/2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Deber de transparencia aumentado cuando se trate de comunidades indígenas o tribales

Esta obligación constitucional de transparencia y participación en la gestión de los litigios colombianos se encuentra reforzada cuando se trata de comunidades indígenas o tribales¹⁰⁹, o de controversias relativas a la protección del medio ambiente¹¹⁰. Sin el debido acceso a la información de las disputas de inversión, la inclusión de mecanismos de participación ante los tribunales arbitrales resultaría totalmente inefectiva.

Ahora bien, en sus inicios, el régimen de inversión extranjera presentó resistencia a la inclusión de *amicus curia* o intervenciones de terceros como resultado de la lógica inicial heredada del arbitraje comercial internacional, la cual hacía énfasis en la naturaleza consensual y limitada del arbitraje¹¹¹. Sin embargo, en las últimas décadas, el régimen de inversión extranjera se ha alejado de la lógica de modelo del arbitraje comercial; en lo referente a los problemas de participación y legitimidad democrático, esto se ha dado a través de tres importantes cambios en la práctica del arbitraje de inversión: (1) el reconocimiento por parte de los tribunales de arbitramento de la necesidad de cambiar los procedimientos cuando están en juego temas de interés público; (2) la adopción de nuevas reglas de arbitramento por parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, por sus siglas en inglés)¹¹² y Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés); y

¹⁰⁹ C. Const., Sent. SU-123, nov. 15/2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹¹⁰ Sobre el principio de participación ambiental, véase C. Const., Sent. T-361 del 2017.

¹¹¹ Por ejemplo, en el caso de Aguas de Turinare contra Bolivia, varias organizaciones no gubernamentales (ONG) solicitaron intervenir en el proceso arbitral. Véase *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, caso CIADI n.º ARB/02/3, petición de ONG y otros para participar como parte interviniente o *amicus curiae*, 29 de agosto del 2002. Sin embargo, esta petición fue negada por el presidente del tribunal, argumentando que, debido a la naturaleza consensual del procedimiento de arbitraje, el Tribunal no puede aceptar la participación de un tercero sin el consentimiento expreso de ambas partes de la disputa. Véase *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, respuesta del presidente del tribunal, 29 de enero del 2003, <https://www.italaw.com/documents/Aguas-BoliviaResponse.pdf>

¹¹² El ICSID del Banco Mundial modificó sus reglas de arbitramento en el 2006 para facilitar la participación de la sociedad civil. No obstante, autores como Fernando Dias Simões han mostrado que esta modificación no fue lo suficientemente robusta para garantizar el derecho a la participación. Véase Fernando Dias Simões, "Myopic Amici? The Participation of Non-Disputing Parties in ICSID Arbitration", *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 42, n.º 3 (2017): 791-821.

(3) la inclusión de estas nuevas aperturas procesales en los tratados internacionales de inversión¹¹³.

En el 2014, la UNCITRAL, haciendo eco a los llamados por mayor transparencia y participación, emitió el *Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado*, el cual codificó dos avances importantes en materia del derecho constitucional a la participación en las disputas de inversión: (1) la garantía de publicidad y apertura de la información y los procedimientos relativos al arbitraje de inversión; y (2) la apertura a la participación de terceros (no parte de la disputa) a lo largo del proceso arbitral¹¹⁴.

Frente a las reglas que garantizan la publicidad y apertura de la información y los procedimientos relativos al arbitraje de inversión, las reglas de transparencia de la UNCITRAL garantizan la materialización del principio democrático constitucional y los derechos a la información y participación. No obstante, como el uso de las reglas de transparencia de la UNCITRAL no es obligatorio bajo el derecho internacional de la inversión extranjera, no hay garantía de que vayan a aplicarse durante el procedimiento arbitral, a menos de que expresamente así se establezca en el tratado. Por esta razón, es fundamental que, al llevar a cabo el control de constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje de inversión de los tratados de inversión, la Corte Constitucional ordene en su sentencia que la inclusión de las reglas de transparencia de la UNCITRAL es el estándar mínimo constitucional para que las cláusulas que contienen el mecanismo de solución de controversias se ajusten a la Constitución, en caso de que no esté previsto en el tratado.

En lo que respecta a las normas sobre participación de terceros, las reglas de transparencia de la UNCITRAL no son suficientes para garantizar el principio democrático y el derecho a la participación contenidos en la Constitución, en especial en lo que respecta al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales¹¹⁵. El principio democrático en Colombia exige una particular consideración de la participación de comunidades indígenas y tribales, pues la consulta previa es un derecho fundamental en el ordenamiento constitucional colombiano¹¹⁶. Esto no quiere

¹¹³ El-Hosseny, *Civil Society in Investment Arbitration*, 175.

¹¹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), *Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado*, 2014, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>.

¹¹⁵ C. Const. Sent. SU-123 del 2018.

¹¹⁶ *Ibid.* También se encuentra reconocido en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989, núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo, y en múltiples

decir que esta consulta sea obligatoria para el tribunal de inversión, pero sí implica que la ratificación colombiana del tratado debe generar el espacio para que ese derecho fundamental no sea vulnerando con ocasión del ejercicio de la jurisdicción arbitral internacional.

En consecuencia, el principio democrático exige que las reglas de transparencia de la UNCITRAL sean interpretadas de tal forma que la participación de estas comunidades ante los tribunales de inversión no sea solo tolerada, sino garantizada, en particular respecto a la intervención de terceras partes a la que se refiere el artículo 4.º de las reglas mencionadas. Estas intervenciones de terceras partes deben ser de obligatoria recepción y consideración por el Tribunal, cuando provenga de estas comunidades. Por esta razón, para asegurar que las cláusulas de arbitraje de los tratados de inversión garanticen la participación reforzada de las comunidades indígenas y tribales, la Corte Constitucional debe ordenarle al presidente de la República que negocie una nota interpretativa que establezca que las intervenciones de terceras partes presentadas por las comunidades indígenas y tribales, o quienes las representen, deben ser de obligatoria recepción y consideración por el tribunal.

Deferencia ante las decisiones de la Corte Constitucional

Finalmente, es importante que el mecanismo de arbitraje de inversión no se convierta en un obstáculo para la trayectoria del constitucionalismo en América Latina. En Colombia, el principio de supremacía constitucional exige que el Gobierno manifieste, antes de la ratificación, que en el ejercicio de su jurisdicción el tribunal de inversión debe adoptar un estándar de revisión deferente hacia las decisiones de las cortes nacionales, en particular de la Corte Constitucional; esto es, que exista cierto margen de apreciación ante las decisiones de la Corte Constitucional en el marco del arbitraje de inversión, en virtud del cual el tribunal debe respeto y consideración a las motivaciones de las decisiones de las cortes colombianas. En el arbitraje de inversión existe una discusión sobre el nivel de deferencia que los tribunales de inversión deben darles a las autoridades nacionales con respecto a sus decisiones; esta discusión se ha catalogado como una cuestión sobre

sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Véase CIDH, *Pueblo Saramaka c. Surinam*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 185, 12 de agosto del 2008; CIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, fondo y reparaciones, serie C, n.º 245, 27 de junio del 2012.

el *estándar de revisión* (*standard of review*) del arbitraje de inversión¹¹⁷. En otras palabras, la pregunta por la deferencia se refiere, entonces, al nivel de escrutinio que el árbitro debe aplicar al momento de revisar el contenido de una decisión proferida por un ente nacional¹¹⁸.

Actualmente, en el derecho internacional de la inversión extranjera no existe un estándar específico de revisión; por el contrario, los tribunales aplican una mezcla de diferentes estándares, según cada caso¹¹⁹. La caracterización del régimen de inversión como un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional es fundamental para determinar el tipo de estándar de revisión que se debe implementar, pues no se debe otorgar el mismo nivel de deferencia en disputas de derecho público que en disputas de derecho privado¹²⁰. En disputas en las que se encuentran en juego intereses y valores públicos es fundamental tener un estándar de revisión deferente, porque cuando el tribunal decide aplicar un nivel estricto de control, es decir, al considerar y decidir de nuevo la cuestión jurídica primaria, en práctica está sustituyendo al decisor original mediante su decisión judicial¹²¹.

El estándar de revisión a nivel internacional puede ser influenciado por diversos factores, entre estos la inclusión de una cláusula que contenga el estándar que debe aplicarse o, por lo menos, una guía de este dentro del tratado¹²². Un claro ejemplo de un tratado que contiene una disposición sobre el estándar de revisión que debe ser aplicado por el Órgano de Solu-

¹¹⁷ Véanse William W. Burke-White y Andreas Von Staden, "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations", *The Yale Journal International Law* 35 (2010): 283; Caroline Henckels, "Balancing investment protection and the public interest: the role of the standard of review and the importance of deference in investor-state arbitration", *Journal of International Dispute Settlement* 4, n.º 1 (2013): 197-215; Stephan W. Schill, "Deference in investment treaty arbitration: re-conceptualizing the standard of review", *Journal of International Dispute Settlement* 3, n.º 3 (2012): 577-607; Valentina Vadi, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018).

¹¹⁸ Uruña, "Después de la fragmentación", 74.

¹¹⁹ Uruña, "Subsidiarity and the public-private distinction", 109.

¹²⁰ Algunos ejemplos de la aplicación de un estándar no deferencial de revisión, como consecuencia de la visión del arbitraje de inversión basado en una lógica privada, son los casos del sector del gas (CMS, Enron y Sempra) durante la crisis económica de Argentina en el 2001. Véanse *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo, 12 de mayo del 2005; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/01/3, laudo, 22 de mayo del 2007; *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/02/16, laudo 28 de septiembre del 2007.

¹²¹ Uruña, "Después de la fragmentación", 74.

¹²² Henckels, "Balancing investment protection".

ción de Disputas de la Organización Mundial del Comercio es el Acuerdo Antidumping —Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994—:

Artículo 17(6)(i). Al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. *Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta*¹²³ [énfasis añadido].

Por el contrario, cuando el tratado no establece el estándar de revisión aplicable, como sucede en la mayoría de los tratados de protección de inversión extranjera, entonces son los tribunales de arbitraje los que determinan el estándar de revisión adecuado¹²⁴.

Esta discusión sobre el estándar de revisión se ha dado principalmente con respecto a las potestades regulatorias del Estado (en especial frente a las ramas Ejecutiva y Legislativa) y, en cambio, no se ha discutido a profundidad frente a las decisiones de la Rama Judicial¹²⁵, en particular con respecto a las altas cortes de la jurisdicción constitucional, las cuales, como pasa en Colombia, son las guardianas de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. Esto es un problema porque, como se explicó, las cortes nacionales, especialmente de la jurisdicción

¹²³ World Trade Organizations (WTO), Agreement on the implementation of article VI of GATT 1994, 1868 UNTS 201.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Un ejemplo en el que se aplicó la deferencia a la interpretación de las leyes por las autoridades estatales es el caso de Pacific Rim contra El Salvador, en el que el tribunal negó una de las pretensiones de los demandados, en parte, porque su interpretación del art. 37(2)(b) de la Ley de Minería no coincidía con la interpretación que antes de la disputa las autoridades de El Salvador había hecho de esa disposición: “Como regla general, *tiene que haber deferencia de los tribunales internacionales a la interpretación unánime de las propias leyes*, ofrecida de buena fe por las autoridades responsables de un Estado en un momento anterior a que surja la diferencia entre las partes” (énfasis en negrita en el original), *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, caso CIADI n.º ARB/09/12, laudo, 14 de octubre del 2016, par. 8.31. Para un análisis crítico de esta decisión, véase Angelo Jr. Golia, “Enforcing Human Rights through Constitutional Law in Investor-State Arbitration: An Alternative Approach to Pacific Rim v. El Salvador”, *Human Rights & International Legal Discourse* 12, n.º 2 (2017): 182-221.

constitucional, desempeñan un papel fundamental y constante en la interpretación y aplicación de los instrumentos del derecho internacional de la inversión extranjera dentro de los Estados parte. Además, en virtud del aumento en los casos relacionados con derechos humanos y la protección del medio ambiente, existen altas posibilidades de que una disputa de inversión ya haya sido (total o en parte) tratada por una corte nacional.

Hasta el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana no ha tenido en cuenta la necesidad de incluir un estándar de revisión deferente a sus decisiones, pues ha interpretado de manera demasiado favorable las normas de derecho internacional público sobre el derecho aplicable a las disputas de inversión.

En primer lugar, se encuentra el punto referente al derecho aplicable a la controversia que haya de resolver el tribunal de arbitramento. Según el artículo 42(1) del Convenio CIADI, el tribunal decidirá conforme a las normas jurídicas acordadas por las partes, en cuyo defecto aplicará la legislación del Estado parte en la diferencia y las normas de derecho internacional que fueren pertinentes. Esta norma desarrolla el postulado de la autonomía de la voluntad de las partes, que, como ya se vio, es uno de los pilares fundamentales de la Convención de Washington. En cuanto a la referencia a las normas de derecho internacional que fueren aplicables, la doctrina ha determinado que estas deben entenderse dentro de las fuentes del derecho internacional del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En opinión de la Corte, el régimen del tratado relativo al derecho aplicable a las controversias es particularmente respetuoso con el ordenamiento jurídico interno colombiano, como quiera que, a falta de normas pactadas de mutuo acuerdo, el tribunal aplicará, en primer lugar, la legislación del Estado que haga parte en la controversia¹²⁶.

El problema es que, como ya explicamos, si las cláusulas de ley aplicable han sido rara vez usadas para integrar consideraciones e interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos, mucho menos han sido usadas para integrar normas o decisiones del derecho doméstico. De hecho, para el derecho internacional, el derecho doméstico solo es relevante como un “hecho” en la solución de las disputas¹²⁷; así lo han reiterado diferentes

¹²⁶ C. Const., Sent. C-442, sep. 19/1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁷ Laurence Boisson de Chazournes, “Fundamental rights and international arbitration: arbitral awards and constitutional law”, en *Arbitration advocacy in changing times*, editado por A.J. Van den Berg (Austin, Tex.: Wolters Kluwer Law & Business, 2011), 309-324.

cortes internacionales¹²⁸ y laudos de arbitraje de inversión¹²⁹. Los intentos de los Estados de invocar el derecho doméstico (incluso el derecho constitucional) como un medio de interpretación del tratado¹³⁰ o como un argumento para justificar las actuaciones del Estado han sido reiteradamente rechazados por los laudos arbitrales¹³¹.

La inclusión de estándar de deferencia constitucional en el arbitraje de inversión es, además, especialmente importante porque, bajo los rezagos de la lógica del mecanismo de solución de disputas privado, algunos tribunales siguen entendiendo que las decisiones de los tribunales nacionales son un riesgo para los inversionistas. Dentro de las propuestas por incluir una mayor deferencia se ha argumentado que, en el caso de que una instancia nacional ya haya estudiado la disputa en cuestión, haya balanceado los derechos en conflicto o haya estudiado el impacto de ciertas provisiones del tratado en el contexto nacional, una mayor deferencia por parte del tribunal de arbitramento le permitiría tomar mejores decisiones y con más altos niveles de legitimidad¹³².

En Colombia ya existen demandas de inversión que van a requerir que los tribunales arbitrales estudien y decidan sobre la legalidad de las decisiones de la Corte Constitucional. Un caso paradigmático es la demanda presentada por Tobie Mining, en la cual se está solicitando una indemnización de 16 500 millones de dólares, alegando la expropiación de su inversión, porque la Corte Constitucional dejó sin efecto el título minero que le había sido concedido en el Parque Nacional Yaigoje-Apaporis, al declarar constitucional la creación del parque natural¹³³. Teniendo en cuenta cómo funciona el sistema jurídico colombiano, en especial en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales y el medio ambiente, lo más probable es que a largo plazo sigan presentándose casos de este tipo ante los tribunales de arbitraje de inversión.

¹²⁸ *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, sentencia de méritos CPJI, serie A, n.º 7, 1926, p. 19; *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, sentencia de méritos CIJ, 1989, CIJ, par. 73.

¹²⁹ *Bernardus-Henricus Funnekotter and Others v. Republic of Zimbabwe*, caso CIADI n.º ARB/05/6, laudo, 22 de abril del 2009, par. 103.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 103

¹³¹ Esta conclusión no es sorprendente teniendo en cuenta el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/02/1, decisión de responsabilidad, 3 de octubre del 2006, par. 94.

¹³² Fandiño-Bravo, “LL. M. Thesis”, 694.

¹³³ Véase C. Const., Sent. T-384, jun. 24/2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La cláusula de deferencia puede ser redactada de manera diferente, según el nivel de deferencia que se espera que el tribunal tenga con la jurisprudencia de las altas cortes nacionales: alta, media y baja. Un ejemplo de un estándar alto de deferencia se puede encontrar en el caso de *Gami* contra México, en el cual el tribunal de arbitraje estableció:

Correspondía a los tribunales mexicanos decidir sobre la licitud de la expropiación bajo el derecho mexicano. El presente tribunal hace deferencia a la Sentencia como una expresión autorizada del derecho nacional. El presente Tribunal dará además consideración respetuosa a la Sentencia en cuanto aplique normas congruentes con aquellas del TLCAN [Tratado de Libre Comercio de América del Norte]¹³⁴.

La redacción de las cláusulas que otorguen deferencia a los tribunales nacionales es muy importante, pues es esta la que definirá concretamente si el tribunal arbitral debe aplicar un nivel alto, medio o bajo de discreción. En la tabla 3.1 se presentan algunas propuestas sobre el tipo de cláusulas que podrían incluirse en los tratados de inversión.

TABLA 3.1. Ejemplos de cláusulas de estándares de revisión

Nivel de deferencia	Cláusula modelo
Alto	“Las decisiones de las cortes de cierre de las partes contratantes son la expresión autorizada del derecho nacional y deben ser consideradas por el tribunal de arbitramento al momento de interpretar y aplicar los estándares del tratado. En caso de que ya exista una sentencia judicial de las cortes de cierre de las partes contratantes en lo que respecta a la disputa bajo consideración ante el tribunal de inversión, este deberá ser deferente ante la decisión al momento de emitir un fallo”.
Medio	“Cuando una disputa gire en torno a una decisión de una de las de las cortes de cierre de las partes contratantes, el tribunal arbitral determinará si las decisiones judiciales han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se encontrará una violación a los estándares del tratado, aun en el caso de que el tribunal de arbitramento haya llegado a una conclusión distinta sobre el caso”.
Bajo	“El tribunal de arbitramento partirá del principio de buena fe y debida deferencia al momento de estudiar las decisiones de las cortes de cierre de las partes contratantes”.

Fuente: elaboración propia.

¹³⁴ *Gami Investments, Inc. c Estados Unidos Mexicanos*, caso UNCITRAL (NAFTA), laudo final, 15 de noviembre del 2004, par. 41.

Teniendo en cuenta el mandato constitucional contenido en el art. 4 de la Constitución Política colombiana, consideramos que la Corte Constitucional tiene la potestad, en el marco del control abstracto de constitucionalidad de los tratados de inversión extranjera, de establecer que la constitucionalidad de las cláusulas de arbitraje de inversión se encuentra condicionada a la inclusión de una cláusula de deferencia que contenga un estándar de escrutinio con un nivel de deferencia *alto* hacia las decisiones de las altas cortes colombianas, en especial la Corte Constitucional.

CONCLUSIONES

La discusión alrededor del papel que las jurisdicciones constitucionales deben desempeñar frente al régimen de arbitraje de inversión apenas está empezando. En consecuencia, la solución del derecho internacional de las inversiones de rechazar los argumentos y la interpretación constitucional como meros hechos es cada vez menos sostenible tanto a nivel normativo como pragmático. El caso de la jurisdicción constitucional colombiana nos muestra el impacto que las cortes constitucionales pueden tener en el régimen de inversión extranjera, que va desde el momento de negociación del tratado hasta la implementación del laudo arbitral.

Si bien las cláusulas de arbitraje de inversión sean *prima facie* inconstitucionales, pues no constituyen una discriminación invertida en contra de los inversionistas nacionales en el país de recepción de la inversión, ni se tratan de una delegación inconstitucional de las funciones jurisdiccionales, sí advertimos que, dado que el arbitraje de inversión es un *mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público* internacional, el control constitucional que se haga de las cláusulas de arbitraje debe ser más estricto. En ese sentido, el control de constitucionalidad previo de los tratados de inversión es (en el caso de estar contemplado en el sistema jurídico) el llamado a liderar este diálogo, ya que es el momento en el que las cortes constitucionales pueden impactar el contenido del tratado.

A pesar de que existen argumentos y herramientas jurídicas que los tribunales de inversión podrían usar para incorporar una racionalidad de derecho público en sus decisiones, así como disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, estos han sido reacios a hacerlo cuando no existe un mandato expreso en el tratado de inversión. Es por eso que, en el estándar de control de constitucionalidad que le proponemos a la Corte Constitucional colombiana, reiteramos la necesidad de que se den órdenes claras de incorporar tres cláusulas al tratado que garantizarían a Colombia

la capacidad de proteger los derechos humanos y cumplir con su mandato constitucional: (1) cláusula de incorporación normativa de las obligaciones de derechos humanos; (2) cláusula que requiera del uso del reglamento de transparencia de la UNCITRAL y que establezca la recepción obligatoria de las intervenciones de las comunidades indígenas y tribales cuando sus derechos están siendo afectados; y (3) cláusula de deferencia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*. Caso CIADI n.º ARB/02/3, petición de ONG y otros para participar como parte interviniente o *amicus curiae*, 29 de agosto del 2002.
- Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*. Respuesta del presidente del tribunal, 29 de enero del 2003. <https://www.italaw.com/documents/Aguas-BoliviaResponse.pdf>
- Antoniazzi, Mariela Morales. “¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, compilado por Armin von Bogdandy *et al.*, 199-240. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Arango, Rodolfo. “Fundamentos de ius constitutionale commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, 25-36. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc c. Mexico*. Caso ICSID n.º ARB(AF)/04/05 (NAFTA), laudo, 21 de noviembre del 2007.
- Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezonala, 2012.
- Bandeira Galindo, George Rodrigo, René Urueña y Aida Torres Pérez, eds. *Protección multinivel en derechos humanos*. Barcelona: Pompeu Fabra, 2013.
- Bazán, Víctor y Claudio Nash, eds. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Bogotá: Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- Bernardus-Henricus Funnekotter and Others v. Republic of Zimbabwe*. Caso CIADI n.º ARB/05/6, laudo, 22 de abril del 2009.
- Blonigen, Bruce A. “A review of the empirical literature on FDI determinants”. *Atlantic Economic Journal* 33, n.º 4 (2005): 383-403.

- Boisson de Chazournes, Laurence. "Fundamental rights and international arbitration: arbitral awards and constitutional law". En *Arbitration advocacy in changing times*, editado por A. J. Van den Berg, 309-324. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- Bonnitcha, Jonathan, Lauge N. Skovgaard Poulsen y Michael Waibel. *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Brown, Chester. *A common law of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Burke-White, William W. y Andreas Von Staden. "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations". *The Yale Journal International Law* 35 (2010): 283-347.
- Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Sentencia de méritos CPJI, serie A, n.º 7, 1926.
- Case concerning Eletrronica Sicula SpA (ELSI)*. Sentencia de méritos CJI, 1989.
- Castro Peña, María Natalia. "El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión". *Revista Derecho del Estado*, n.º 38 (2017): 23-66.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Convenio CIADI, reglamento y reglas*. Washington: CIADI, 2006. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Choudhury, Barnali. "Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit". *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, n.º 3 (2008): 775-832.
- Comisión de Derecho Internacional. "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional". En *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, elaborado por Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril del 2006.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). *Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado*. 2014. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>.
- Congreso de la República. Ley 1450 del 2011, 16 de junio del 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. *Diario Oficial* 48 102.
- Ley 1563, 12 de julio del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 51 698.
- Ley 472 de 1998, 5 de agosto de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 51 698.

- Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-008, 23 de enero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-031, 28 de enero del 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia C-089, 3 de marzo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia C-150, 8 de abril del 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
 - Sentencia C-155, 7 de marzo del 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 - Sentencia C-184, 4 de abril del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
 - Sentencia C-191, 6 de mayo de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia C-199, 14 de marzo del 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martela.
 - Sentencia C-203, 11 de mayo de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
 - Sentencia C-221, 4 de mayo 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
 - Sentencia C-220, 19 de abril del 2017. M. P. José Antonio Cepeda Amarí.
 - Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
 - Sentencia C-286, 13 de mayo del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
 - Sentencia C-323, 10 de julio de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
 - Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
 - Sentencia C-379, 22 de agosto de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
 - Sentencia C-442, 19 de septiembre de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia C-492, 15 de septiembre de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.
 - Sentencia C-494, 15 de septiembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
 - Sentencia C-608, 3 de agosto del 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia C-750, 24 de julio del 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
 - Sentencia SU-123, 15 de noviembre del 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.
 - Sentencia T-055, 3 de febrero del 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.
 - Sentencia T-361, 30 de mayo del 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.
 - Sentencia T-384, 24 de junio del 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
 - Sentencia T-540, 24 de septiembre de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia T-928, 24 de septiembre del 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Pueblo Saramaka c. Surinam*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 185, 12 de agosto del 2008.
- *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, fondo y reparaciones, serie C, n.º 245, 27 de junio del 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento*, 1.º de junio del 2004.
- Consejo Constitucional de Francia. Décision n.º 2017-749 DC, 31 de julio del 2017.
- CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*. Caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo, 12 de mayo del 2005.
- Dias Simões, Fernando. “Myopic Amici? The Participation of Non-Disputing Parties in ICSID Arbitration”. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 42, n.º 3 (2017): 791-821.
- Dolzer, Rudolf y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- El-Hosseny, Farouk. *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*. Leiden: Brill, 2018.
- Encarnation, Dennis J. y Louis T. Wells. “Evaluating Foreign Investment”. En *Investing in Development: New Roles for Private Capital?*, editado por Theodore H. Moran, 61-86. Washington: Overseas Development Council, 1986.
- Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. Caso CIADI n.º ARB/01/3, laudo, 22 de mayo del 2007.
- Fandiño-Bravo, Juan Camilo. “LL. M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 667-745.
- Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*. Caso UNCITRAL (NAFTA), laudo final, 15 de noviembre del 2004.
- Golia, Angelo Jr. “Counter-Limits Beyond Europe? The Latin American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective”. *Annuario Di Diritto Comparato e Studi Legislativi* 10 (2019). <https://papers.ssrn.com/abstract=3239072>.
- “Enforcing Human Rights through Constitutional Law in Investor-State Arbitration: An Alternative Approach to Pacific Rim v. El Salvador”. *Human Rights & International Legal Discourse* 12, n.º 2 (2017): 182-221.
- Góngora Mera, Manuel. “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un

- enfoque coevolutivo". En *Estudos avançados de direitos humanos: Democracia e integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, 312-337. Río de Janeiro: Elsevier, 2013.
- Gourgourinis, Anastasios. "The Nature of Investor's Rights under Investment Treaties: A Comment on Paparinskis' Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility". *EJIL: Talk!* (blog), 22 de octubre del 2013. <https://www.ejiltalk.org/the-nature-of-investors-rights-under-investment-treaties-a-comment-on-paparinskis-investment-treaty-arbitration-and-the-new-law-of-state-responsibility/>.
- Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas-Naciones Unidas. "Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/72/162", 18 de julio del 2017. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/68/PDF/N1721868.pdf?OpenElement>.
- Guzman, Andrew T. "Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties". *Virginia Journal of International Law* 38 (1997): 639-688.
- Henckels, Caroline. "Balancing investment protection and the public interest: the role of the standard of review and the importance of deference in investor-state arbitration". *Journal of International Dispute Settlement* 4, n.º 1 (2013): 197-215.
- Horodyski, Dominik. "Democratic Deficit of Investment Arbitration in the view of rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency". *US-China Law Review* 13, n.º 160 (2016): 160-171.
- Kingsbury, Benedict y Stephan Schill. "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law". *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2009.
- Koskeniemi, Martti y Päivi Leino. "Fragmentation of international law? Post-modern anxieties". *Leiden Journal of International Law* 15, n.º 3 (2002): 553-579.
- Krajewski, Markus. "Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN treaty on transnational corporations, other businesses and human rights". CIDSE Private Sector Group, 2017. <https://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies.html>.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic. Caso CIADI n.º ARB/02/1, decisión de responsabilidad, 3 de octubre del 2006.

- Lozada, Nicolás. “Diferencias entre exequátur y reconocimiento de laudos arbitrales internacionales”. *Ámbito Jurídico* (blog), 5 de febrero del 2004. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/diferencias-entre-exequatur-y-reconocimiento-de-laudos-arbitrales>.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International investment arbitration: substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Moran, Theodore H. “Foreign Direct Investment and Development: A Reassessment of the Evidence and Policy Implications”. *OECD Conference on the Role of International Investment in Development, Corporate Responsibilities and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 1999.
- Mouyal, Lone Wandahl. *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective*. Londres: Routledge, 2016.
- Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*. Caso CIADI n.º ARB/09/12, laudo, 14 de octubre del 2016.
- Petersmann, Ernst-Ulrich. “Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication?”. En *Human rights in international investment law and arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, 3-42. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Piovesan, Flávia. “Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, 61-84. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Pohl, Joachim. “Societal benefits and costs of International Investment Agreements. A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence”. *OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing*, n.º 1 (2018). https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en
- Prada-Urbe, María Angélica. “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”. En *Protección multinivel en derechos humanos*, editado por George Rodrigo Bandeira Galindo, René Uruña y Aida Torres Pérez, 365-379. Barcelona: Pompeu Fabra, 2013.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1939, 9 de septiembre del 2013, por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto número 1859 del 2012. *Diario Oficial* 48 908.

- Puig, Sergio. "Social Capital in the Arbitration Market". *European Journal of International Law* 25, n.º 2 (2014): 387-424.
- Radi, Yannick. "Realizing human rights in investment treaty arbitration: A perspective from within the international investment law toolbox". *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 37, n.º 4 (2011): 1107-1185.
- Reiner, Clara y Christoph Schreuer. "Human Rights and International Investment Arbitration". En *Human rights in international investment law and arbitration*, editado por Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, 82-96. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Riffel, Christian. "Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?". Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, Rochester, 2018. <https://papers.ssrn.com/abstract=3209086>.
- Roberts, Anthea. "Divergence Between Investment and Commercial Arbitration". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012): 297-300.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. "¿Es constitucional el TLC?". *Derechos y Economía. Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, n.º 1 (2007). <https://www.dejusticia.org/es-constitucional-el-tlc/>
- Sabanogullari, Levent. *General Exception Clauses in International Investment Law. The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibility*. Heidelberg: Nomos, 2018.
- Salacuse, Jeswald W. "The emerging global regime for investment". *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010): 427-473.
- Salacuse, Jeswald W. *The law of investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schill, Stephan W. "Deference in investment treaty arbitration: re-conceptualizing the standard of review". *Journal of International Dispute Settlement* 3, n.º 3 (2012): 577-607.
- "Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law". *Transnational Dispute Management (TDM)* 3, n.º 5 (2006). <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Schill-Fair-and-Equitable-Treatment-under-Investment-Treaties-as-an-Embodiment-of-the-Rule-of-Law-2006-2.pdf>
- "International Arbitrators as System-Builders". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012): 295-297.
- *The multilateralization of international investment law*. Vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

- Schneiderman, David. "Against Constitutional Excess: Tocquevillian Reflections on International Investment Law". *University Chicago Law Review* 85, n.º 1 (2018): 585-608.
- Shan, Wenhua. "From 'North-South Divide' to 'Private-Public Debate': Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law". *Northwestern Journal of International Law & Business* 27, n.º 3 (2007): 631-664.
- Sheppard, Audley. "Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards". *Arbitration International* 19, n.º 2 (2003): 217-248.
- Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*. Caso CIADI n.º ARB/02/16, laudo 28 de septiembre del 2007.
- Simma, Bruno. "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?". *International & Comparative Law Quarterly* 60, n.º 3 (2011): 573-596.
- Teubner, Gunther y Andreas Fischer-Lescano. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law". *Michigan Journal of International Law* 25, n.º 4 (2004): 999-1046.
- Teubner, Gunther y Peter Korth. "Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society". En *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, editado por Margaret Young, 23-54. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Toral, Mehmet y Thomas Schultz. "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations". En *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, editado por Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung y Claire Blachin, 577-602. The Hague: Kluwer Law, 2010.
- United Mexican States v. Metalclad Corp. (Mex. v. B. C.)*. BCSC 664, 2001. <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Metalclad/MetalcladJudgement.pdf>
- United Nations. "Vienna Convention on the Law of Treaties", *Treaty Series* 1155 (1969): 331
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/07/26, laudo, 8 de diciembre del 2016.
- Urueña, René. "Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones". En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, editado por Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert, 39-84. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

- “Of Precedents and Ideology: Law-making by Investment Arbitration Tribunals”. En *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, editado por Prabhakar Singh y Benoît Mayer, 276-303. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- “Subsidiarity and the public-private distinction in investment treaty arbitration”. *Law & Contemporary Problems* 79 (2016): 99-121.
- Vadi, Valentina. *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, eds. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- World Trade Organizations (WTO). Agreement on the implementation of article VI of GATT 1994, 1868 UNTS 201.
- Yackee, Jason Webb. “Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment-some hints from alternative evidence”. *Virginia Journal of International Law* 51 (2010): 397-442.
- Zachary, Douglas. “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”. *The British Year Book of International Law* 74, n.º 1 (2004): 151-289.

SEGUNDA PARTE

**Control constitucional, poderes presidenciales
y división de poderes en el desarrollo del
derecho de protección de inversiones**

El control de constitucionalidad de los acuerdos de protección recíproca de inversiones frente a las facultades de la Rama Ejecutiva para dirigir las relaciones internacionales*

Alejandra Valencia Gärtner

INTRODUCCIÓN

Son muchas las voces que advierten sobre la necesidad de un cambio de política en la negociación de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y de la modernización de sus cláusulas. Algunas de las críticas a la política pública de inversión extranjera que los gobiernos han implementado desde los años noventa, respecto de la celebración de estos acuerdos, se concentran en las demandas de inversión presentadas contra el Estado colombiano y el monto de sus pretensiones.

Por esto, actualmente el Gobierno nacional busca minimizar los riesgos de configuración de controversias de inversión, a través de la modernización de estos tratados y de la búsqueda de acuerdos de interpretación o de su renegociación. Este esfuerzo se enmarca en la reconducción de la política pública de inversión extranjera, a cargo de la Rama Ejecutiva, en el contexto de la dirección de las relaciones internacionales, en el que deben mediar, además de consideraciones jurídicas, un análisis de conveniencia, utilidad y eficiencia.

Sin embargo, pareciera que estos esfuerzos del Gobierno no son suficientes para ciertos estamentos. Ejemplo de lo anterior es la reciente posición adoptada por la Corte Constitucional frente a estos tratados, en la cual encuentra necesario intervenir directamente en la definición del contenido y alcance adecuado de las cláusulas, cuyo incumplimiento es invocado de

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.584>

forma reiterada en las controversias de inversión, pretendiendo establecer y limitar los parámetros y criterios con los que estos tratados se interpretan.

Hasta el año 2018, la Corte Constitucional mantuvo una línea jurisprudencial en la que se aplicaba un control de constitucionalidad de carácter objetivo y netamente jurídico a estos acuerdos, respetando las facultades del presidente de la República para definir los términos de conveniencia, necesidad y eficiencia de un APPRI. Con la Sentencia C-252 del 2019, mediante la cual se declara la exequibilidad condicionada del Acuerdo ente el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en Bogotá el 10 de julio del 2014, se hace un cambio de jurisprudencia y se define que el control ejercido por la Corte para estos acuerdos debe efectuarse a partir de un juicio de razonabilidad, el cual responde a una verificación de legitimidad de las finalidades globales del instrumento y la idoneidad de este y sus cláusulas para alcanzar las finalidades planteadas.

El propósito de este capítulo es analizar las sentencias emitidas por la Corte Constitucional con ocasión del examen de exequibilidad efectuado a los quince APPRI y tratados de libre comercio (TLC) con capítulo de inversión vigentes para Colombia, y del cambio de jurisprudencia introducido con la Sentencia C-252 del 2019, para dilucidar la incidencia que la adopción de un control de constitucionalidad amplio, basado en criterios de finalidad, efectos prácticos y prevención, puede tener sobre la facultad del presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales, sobre las relaciones comerciales internacionales de Colombia y sobre la agenda de modernización de estos acuerdos trazada por el Ejecutivo.

Con esta finalidad, el presente capítulo, en primer lugar, hace una mención al marco institucional creado para el desarrollo de la política de inversión extranjera, los APPRI celebrados en la implementación de esa política, los desafíos que la aplicación de estas obligaciones ha generado y los mecanismos y planes adoptados por el Ejecutivo para fijar correctivos y seguir garantizando un óptimo clima de inversión. A continuación, se revisan las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el marco del control de constitucionalidad efectuado a los quince APPRI vigentes, para identificar los criterios sobre los cuales la Corte construyó una línea jurisprudencial basada en el reconocimiento de las facultades del Ejecutivo en la dirección de las relaciones internacionales. Posteriormente, se analizan los argumentos expuestos en la Sentencia C-252 del 2019 que llevaron a la Corte a cambiar su jurisprudencia. Por último, se estudia la incidencia que sobre las relaciones internacionales puede tener la ampliación del control de constitucionalidad.

DE LOS ACUERDOS DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES COMO DEFINICIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA DE INVERSIÓN EXTRANJERA A CARGO DE LA RAMA EJECUTIVA

La Constitución Política de Colombia define los principios y finalidades sobre los cuales el presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado y director de las relaciones internacionales, debe diseñar e implementar la política de comercio exterior del Estado colombiano.

En efecto, de conformidad con el artículo 9.º, esta política deberá observar y reconocer los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. Asimismo, y según lo prevén los artículos 226 y 227 de la Constitución, deberá promover la internacionalización de las relaciones políticas y económicas y la integración económica y política con las demás naciones, sobre la base de equidad, reciprocidad y conveniencia.

Conforme a estos parámetros constitucionales, la Rama Ejecutiva definió, en la década de los noventa, una política de comercio exterior que contenía como uno de sus elementos principales la atracción de la inversión extranjera, con el fin de garantizar el ingreso de capitales externos a la economía colombiana¹. Dicha política se fundamentó principalmente en el establecimiento de un marco legal de tratamiento de la inversión extranjera que respondiera a los estándares internacionales de inversión en la suscripción de APPRI y en la adopción de mecanismos de solución de controversias².

En relación con la negociación de APPRI, se debe tener en cuenta que el marco institucional para definir la política de negociación de estos tratados se encuentra en la Rama Ejecutiva a través de: (1) el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), que ha desarrollado los lineamientos de política para las negociaciones internacionales de los acuerdos de

¹ Al respecto, véase Carlos Vicente Ramírez Molinares, “La inversión extranjera directa en Colombia. Años 1990-2009”, *Saber, Ciencia y Libertad* 5, n.º 2 (2010): 173-183.

² Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), “Lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera”, documento CONPES 3135, 9 de octubre del 2001, <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-misionales/administracion-profundizacion-y-aprovechamiento-de/documentos-conpes/documento-conpes-3135-de-2001.aspx>; CONPES, “Manejo de los flujos de endeudamiento en los acuerdos internacionales de inversión extranjera”, documento CONPES 3197, 26 de agosto del 2002, <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-misionales/administracion-profundizacion-y-aprovechamiento-de/documentos-conpes/documento-conpes-3197-de-2002.aspx>; Departamento Nacional de Planeación, “Instrumentos de política comercio exterior”, s.f., <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-empre-sarial/comercio-exterior-e-inversion-extranjera/Paginas/instrumentos-de-politica.aspx>.

inversión³; (2) el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que tiene como función misional la de “administrar y gestionar el aprovechamiento y profundización de acuerdos comerciales y de inversión, así como las relaciones comerciales, bilaterales, regionales y multilaterales de Colombia, junto con la prevención y atención de controversias que puedan surgir”⁴; y (3) el Consejo Superior de Comercio Exterior, como órgano asesor que tiene por función recomendar al Gobierno nacional, entre otras, la política sectorial de inversión extranjera, en concordancia con los planes y programas de desarrollo del país⁵.

Por su parte, el direccionamiento de la política de inversión extranjera es definido por cada Gobierno en el respectivo plan nacional de desarrollo y, en consecuencia, cada Gobierno establece, bajo parámetros de conveniencia y necesidad, asuntos como las prioridades sobre negociación de nuevos APPRI, la necesidad de su enmienda, modificación o terminación o la necesidad de revisión del texto modelo utilizado para la negociación. En este marco institucional, y gracias a la implementación de la política de inversión extranjera definida por la Rama Ejecutiva, hoy Colombia cuenta con diecinueve APPRI vigentes, siete suscritos y cinco en negociación⁶.

Es evidente que el derecho internacional de inversión no es estático y que los APPRI que se han celebrado e implementado en el mundo, calculados en cerca de tres mil⁷, han trazado un camino de aprendizaje para los Estados. En consecuencia, los Estados han tenido en consideración los obstáculos, los problemas y las consecuencias que se derivan de la implementación de estos tratados, con el propósito de redefinir los lineamientos y las estrategias

³ “Lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera”, documento CONPES 3135/11; “Manejo de los Flujos de Endeudamiento en los Acuerdos Internacionales de Inversión Extranjera”, documento CONPES 3197/02.

⁴ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Normograma sig”, 2022, <http://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig>

⁵ Presidencia de la República de Colombia, D. 2553/1999, art. 27.

⁶ APPRI vigentes: Francia, Israel, España, Suiza, Reino Unido, China, Japón, India, Perú, Estados Unidos Mexicanos, Canadá, Estados Unidos de América, Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras), Corea del Sur, Costa Rica, Chile, Alianza del Pacífico, Estados AELC (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia) y Unión Europea. APPRI suscritos: Brasil, Emiratos Árabes Unidos, España (para reemplazar el acuerdo internacional de inversión [AI] del 2005), Panamá, Singapur (bilateral), Singapur (en calidad de Estado asociado a la Alianza del Pacífico) y Turquía. APPRI en negociación: Catar, Kuwait y Alianza del Pacífico (con candidatos a Estados asociados: Nueva Zelanda, Australia y Canadá). Véase Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Acuerdos internacionales de inversión (AI)”, s.f., <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>

⁷ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “International Investment Agreements Navigator”, s.f., <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

en la política de negociación y en el alcance de sus disposiciones. Esto ha llevado a un proceso de modernización de los APPRI que ha desembocado en diferentes estrategias.

Para el Gobierno colombiano, tal como lo mencionó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su intervención ante la Corte Constitucional con ocasión del examen de exequibilidad del Acuerdo ente el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones⁸, la firma de nuevos APPRI ha disminuido y los esfuerzos progresivos por modernizar, interpretar o renegociar los tratados vigentes forman parte de las opciones que tienen todos los Estados para lograr mantener los estándares y las calificaciones de inversión en un nivel positivo.

Esa cartera manifestó que, como medidas adoptadas por el Gobierno nacional, se puede resaltar cómo Colombia ha sido activa en el proceso de modernización ordenada de los APPRI y, conforme a los lineamientos dados por el Consejo Superior de Comercio Exterior y en consonancia con las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁹, inició una labor de modernización de los acuerdos existentes, consistente en renegociar los más antiguos y acordar interpretaciones conjuntas de ciertas cláusulas en los más recientes. Todo esto bajo el marco de los estándares incluidos en el nuevo acuerdo modelo de inversiones y sin perjuicio de la recomendación de mantener la red de APPRI existente¹⁰.

Así, según lo informó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su intervención en el referido proceso respecto a la implementación del plan de acción progresivo y ordenado para la modernización de los APPRI, dictaminado por el Consejo Superior de Comercio Exterior, se han adelantado las siguientes gestiones:

⁸ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, “Respuestas de la Dirección de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a las preguntas de la Honorable Corte Constitucional relativas al contenido el referido acuerdo internacional”, audiencia pública en el marco del proceso de control de constitucionalidad de la Ley 1840 del 12 de julio del 2017 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo ente el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Corte Constitucional, expediente LAT-455, 4 de diciembre del 2018, <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=7134>

⁹ Véase UNCTAD, “Recent Developments in the International Investment Regime”, *IIA Issues Note*, n.º 1 (2018), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf

¹⁰ *Ibid.*

- Se ha mermado decisivamente la velocidad en la suscripción y ratificación de nuevos APPRI. Cabe resaltar que el último de estos instrumentos fue firmado en el 2017 con los Emiratos Árabes Unidos, y desde la entrada en vigor del TLC con Corea en el 2016 no se ratificó un nuevo instrumento internacional relativo a inversión sino hasta la entrada en vigor del TLC con Israel y el APPRI con Francia en el 2020.
- Se han acordado declaraciones interpretativas conjuntas con Canadá¹¹, Francia¹² e India¹³.
- Se ha acometido la renegociación integral del acuerdo con España¹⁴.
- El Gobierno participa activamente en la discusión de reformas multilaterales en foros internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Centro Internacional para el Arreglo de diferencias Relativas a Inversión (CIADI), los cuales adelantan discusiones sobre reformas al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado y a los reglamentos que determinan las actuaciones procesales de este tipo de arbitrajes.

Resulta claro que la evolución, el desarrollo y los cambios que puedan implementarse en la política pública de inversión extranjera en materia de celebración, modificación o terminación de los APPRI obedece a un ejercicio que corresponde adelantar a la Rama Ejecutiva, dentro del marco institucional que, constitucional y legalmente, ha sido dispuesto para adoptar decisiones en la materia; en esta medida, las decisiones que se tomen obedecerán a criterios de conveniencia, necesidad y reciprocidad, con base en las dinámicas propias del derecho internacional de inversión extranjera y las

¹¹ El texto de la declaración puede ser consultado en la Biblioteca Virtual de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores o en el siguiente enlace: <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=2927861a-eb5b-4b8c-8232-bbb266da016a>

¹² El texto de la declaración puede ser consultado en la Biblioteca Virtual de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores o en el siguiente enlace: http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF

¹³ El texto de la declaración puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.mipymes.gov.co/mipymes/media/mipymes/Documentos/Declaracion-interpretativa-conjunta-4-de-octubre-2018.pdf>

¹⁴ Referencia en intervención del entonces director de Inversión Extranjera, Nicolas Palau Van Hissenhoven, ante la Corte Constitucional en el proceso de control de constitucionalidad del APPRI con Francia, la cual puede ser consultada en <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=7134>.

experiencias en la implementación de los compromisos pactados a lo largo de estos veinte años.

Teniendo claras las facultades de la Rama Ejecutiva en esta materia, las competencias de las entidades y órganos creados para definir la política pública de inversión extranjera y los avances reportados por el Gobierno nacional sobre el plan de acción para la modernización de los APPRI, resultaría lógico que la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de aprobación interna de estos tratados responda, como lo había venido haciendo, a un control de constitucionalidad leve, abstracto y objetivo, el cual evitaba entrar a estudiar de fondo la utilidad y conveniencia de las cláusulas. Sin embargo, con el cambio jurisprudencial introducido con la Sentencia C-252 del 2019^[15], es necesario analizar si, más allá de un examen jurídico objetivo, la introducción de un juicio de razonabilidad basado en consideraciones de conveniencia, ventajas a nivel económico, sostenibilidad fiscal y prevención de la configuración de la responsabilidad internacional del Estado podría interferir en la definición e implementación de la política de inversión extranjera adoptada por la Rama Ejecutiva.

DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS APPRI Y EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL CON LA SENTENCIA C-252 DEL 2019

Como se señaló, Colombia tiene actualmente vigentes diecinueve APPRI, que evidentemente surtieron el proceso de aprobación interna previo a su ratificación. Se cuenta, entonces, con quince sentencias de la Corte Constitucional que han declarado la constitucionalidad de estos acuerdos y de sus leyes aprobatorias, las cuales se relacionan en la tabla 4.1.

TABLA 4.1. APPRI vigentes en Colombia

Estado	Sentencia	Sentido del fallo
México	C-178 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.	Exequibles ley y tratado.
Cuba	C-379 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.	Exequibles ley y tratado.
Perú	C-008 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.	Exequibles ley y tratado.

(Continúa)

¹⁵ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

Estado	Sentencia	Sentido del fallo
Chile	C-294 del 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.	Exequibles ley y tratado.
Perú	C-961 del 2003, M.P. Manuel José Cepeda.	Exequibles ley y protocolo modificatorio.
España	C-309 del 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.	Exequibles ley y tratado.
Estados Unidos	C-750 del 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.	Exequibles ley y tratado.
Suiza	C-150 del 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.	Exequibles ley y tratado.
Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras)	C-446 del 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.	Exequibles ley y tratado.
Perú	C-377 del 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Exequibles ley y tratado.
Canadá	C-608 del 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.	Exequibles ley y tratado.
India	C-123 del 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.	Exequibles ley y tratado.
China	C-199 del 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.	Exequibles ley y tratado.
Reino Unido	C-169 del 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.	Exequibles ley y tratado.
Japón	C-286 del 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.	Exequibles ley y tratado.
Alianza del Pacífico	C-620 del 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.	Exequibles ley y tratado.
Costa Rica	C-157 del 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.	Exequibles ley y tratado.

(Continúa)

Estado	Sentencia	Sentido del fallo
Corea del Sur	C-184 del 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.	Exequible ley aprobatoria: “EXEQUIBLE el Acuerdo [...], salvo el literal A, numeral 2 del Anexo 8C”, que se declara EXEQUIBLE con la condición de que se interprete que el plazo allí establecido tiene el carácter de una orientación de política exterior a las autoridades competentes, por cuanto las competencias constitucionales autónomas del Banco Emisor no pueden tener las restricciones allí previstas conforme al artículo 371 de la Constitución. En consecuencia, ORDENAR al Presidente de la República que al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule esta declaración interpretativa”.
Francia	C-252 del 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.	Exequible ley aprobatoria: “EXEQUIBLES el Acuerdo [...] y la Ley 1840 [...] bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘inter alia’</i> prevista por el primer inciso del artículo 4.º del tratado, bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio’</i> prevista por el artículo 4 del tratado, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘expectativas legítimas’</i> prevista por los artículos 4 y 6 del tratado, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por <i>expectativas legítimas</i>, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘situaciones similares’</i> prevista por el artículo 5.º del tratado, a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘trato’</i> prevista por el artículo 5.º del tratado, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política. [...] EXEQUIBLE la expresión <i>‘necesarias y proporcionales’</i> prevista por el numeral 3 del artículo 5.º y el numeral 2 del artículo 6.º, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de, respectivamente, garantizar el orden público y proteger los objetivos legítimos de política pública”.

(Continúa)

Estado	Sentencia	Sentido del fallo
Israel	C-254 del 2019, M.P. José Fernando Reyes.	Exequible ley aprobatoria: “EXEQUIBLES el tratado [...] y la Ley 1841 [...] bajo el entendido que ninguna de las disposiciones del capítulo de inversión que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales. [...] EXEQUIBLE la expresión ‘<i>expectativas razonables</i>’ prevista en el artículo 10.7 del capítulo de inversión, a condición de que las partes contratantes definan qué debe entenderse por tal locución, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante y que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión. [...] EXEQUIBLE el vocablo ‘trato’ contenido en el artículo 10.5 del capítulo de inversión, bajo el entendido de que se interprete sistemáticamente en el contexto del tratado, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución”.

* Cabe mencionar que este acuerdo no se encuentra en vigor.

** El literal A del numeral 2.º del anexo 8C versa sobre las medidas de salvaguardia en materia cambiaria de transferencia de capitales.

Fuente: elaboración propia.

Al revisar las citadas sentencias, se puede observar que, en general, la Corte Constitucional había construido una línea jurisprudencial en relación con el alcance del control de constitucionalidad de los APPRI y los TLC, con capítulo de inversión que se limitaba, en gran medida, a estudiar objetivamente si las disposiciones del acuerdo se ajustaban o no a la Constitución, sin entrar a considerar su conveniencia dentro del instrumento. Por ejemplo, en estas sentencias se hacía reiteradamente hincapié en la competencia constitucional del presidente de la República como jefe de Estado para definir las razones de conveniencia, oportunidad, utilidad y eficiencia. Así mismo, la Corte evitó de forma mayoritaria entrar en discusiones sobre los efectos de las disposiciones de un APPRI, lo cual se revela en la aceptación por parte de la Corte de la inclusión de cláusulas como “nación más favorecida” o “trato nacional”, sin examinar sobre su contenido o alcance.

Por su parte, durante muchos años, la Corte confirmó que el preámbulo de la Constitución, los fines esenciales del Estado y los valores y objetivos constitucionales, como parte dogmática de la Constitución Política, no pueden ser utilizados como justificación para entender que a esa corporación

le corresponde adelantar juicios políticos o administrativos¹⁶. Asimismo, ha insistido en estas sentencias que las consideraciones de conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia del tratado son ajenas a este control y que corresponde al presidente de la República evaluar la pertinencia y la justificación de la negociación y suscripción de un tratado, conforme a las atribuciones que le ha asignado la misma Constitución¹⁷.

Por último, debe destacarse de esta línea jurisprudencial que la Corte insiste en que no está llamada a verificar la concordancia de la legislación nacional con los demás tratados que en materia económica obligan al Estado, ni la coherencia de estos compromisos. Para esto, subraya que estos acuerdos cuentan con los mecanismos necesarios para solucionar controversias y asegurar su adecuada interpretación, en especial porque las diferencias surgen en la etapa de implementación, y estas circunstancias se escapan del conocimiento de la Corte. Por lo tanto, el control abstracto y objetivo carece de elementos fácticos de juicio que tengan relación con la aplicación de las disposiciones por implementar¹⁸.

De las quince sentencias emitidas en la materia que comparten esta línea argumentativa, cobra relevancia el precedente de la Sentencia C-184 del 2016, en la que se declaró la exequibilidad condicionada del TLC con Corea del Sur, bajo el entendido de que el Ejecutivo debía, al momento de ratificar el tratado, formular una declaración interpretativa respecto del plazo acordado por las partes en el literal A del numeral 2.º del anexo 8C, relativo a las medidas de salvaguardia en materia cambiaria y de transferencia de capitales. Esto con el propósito de impedir que las competencias constitucionales del banco emisor pudieran ser restringidas o limitadas.

El tratado fue ratificado por el Gobierno colombiano; sin embargo, esto requirió iniciar un proceso de renegociación con las autoridades coreanas, en el cual se tenía que definir la naturaleza y los efectos reales de la declaración, es decir, si esta implicaba una reserva o una modificación o enmienda a la cláusula, además de las consecuencias que para Corea podría tener aceptar una declaración interpretativa ordenada por un juez interno colombiano, que establecía, de manera unilateral, la forma en que debía entenderse la disposición mencionada.

¹⁶ C. Const., Sent. C-178, abr. 25/1995, M.P. Fabio Morón Díaz, 35-36, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-178-95.htm>

¹⁷ C. Const., Sent. C-446, jul. 8/2009, M.P. Mauricio González Cuervo, 2-3, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-446-09.htm>; C. Const., Sent. C-157, abr. 6/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, apartado 64-65.

¹⁸ C. Const., Sent. C-446 del 2009, 3.

Independientemente de la discusión que pueda sostenerse sobre la inconstitucionalidad o no de esta disposición, la práctica de ordenar al Ejecutivo formular declaraciones interpretativas en tratados bilaterales, claramente, impone restricciones a su facultad de dirigir las relaciones internacionales y se traduce, a nivel internacional, en la imposición unilateral a otro Estado sobre los términos en que la cláusula de un tratado suscrito debe ser entendida o interpretada, dejando un espacio muy limitado para la negociación bilateral de los términos y el alcance de un nuevo acuerdo sobre la interpretación de la cláusula. Por lo tanto, en la práctica, estas declaraciones generan los efectos de una reserva, en cuanto al final su objeto es excluir o modificar las consecuencias jurídicas de una disposición pactada en el instrumento. En consecuencia, queda sujeto a la voluntad del otro Estado la posibilidad de: (1) aceptar que el sentido dado a la interpretación de la cláusula por parte de una corte doméstica coincide con su entendimiento de la disposición; (2) aceptar que se vuelva a abrir la discusión sobre una cláusula ya pactada y un tratado firmado; y (3) aceptar incluso los términos y el lenguaje que deben utilizarse en el nuevo acuerdo de interpretación, en los eventos en los que la Corte indica además la redacción de la declaración.

Si bien esta sentencia no cambió el alcance del control de constitucionalidad y mantuvo la línea jurisprudencial de la Corte, en efectos prácticos tuvo incidencia restrictiva en las facultades del Ejecutivo para negociar con el otro Estado los alcances y la interpretación de la cláusula de un tratado.

Otro de los aspectos relevantes sobre este fallo es la aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz, en relación con su posición sobre la inexequibilidad de la cláusula de “nación más favorecida”. La magistrada expuso que esta cláusula merecía ser objeto de un control más estricto, pues el estudio general que había venido efectuando la Corte implicaba, en la práctica, vaciar el contenido de la competencia de la Corte, ya que era una renuncia tácita a revisar si los actos de dirección de las relaciones internacionales adelantados por el presidente de la República estaban ajustados a la Constitución¹⁹. No obstante, concluyó que en esa oportunidad no era viable declarar la inexequibilidad de la cláusula, pero sí fijar la nueva percepción de la Corte, con miras a advertir y prevenir posibles declaratorias de inconstitucionalidad en el futuro²⁰.

A juicio de la magistrada Ortiz, la jurisprudencia desarrollada por la Corte en relación con la cláusula de “nación más favorecida” de los TLC, de los

¹⁹ C. Const., Sent. C-184, abr. 14/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz, apartado 205.

²⁰ *Ibid.*, apartados 202-203.

acuerdos internacionales de inversión e incluso de los acuerdos para evitar la doble tributación generó confianza, certeza y seguridad en las negociaciones de estos instrumentos y la convicción sobre la validez del principio de “nación más favorecida”. Por lo tanto, consideró que esta sentencia podría tenerse como referente, para la Rama Ejecutiva, de la percepción constitucional de la Corte sobre esta cláusula²¹.

La opción de que las sentencias de la Corte Constitucional sean contempladas como pauta o referente de la percepción constitucional sobre determinadas cláusulas de un tratado, mencionada en esta aclaración de voto, se considera un ejercicio válido y útil, en el que, sin necesidad de restringir o injerir en las facultades del Ejecutivo, este puede incorporar y observar en su política de inversión y negociación de APPRI dichos referentes y en su política de renegociación de los APPRI vigentes. El escenario de negociar una declaración interpretativa conjunta por voluntad de las partes, después de la entrada en vigor de un tratado, es muy diferente al escenario al que se enfrenta el Ejecutivo cuando tiene que someter a consideración de otro Estado una declaración ordenada por un juez doméstico, la cual, de no ser aceptada en los términos formulados por este, impediría proceder a la puesta en vigor del tratado. Por lo tanto, la aprobación o desaprobación de cláusulas y los salvamentos de voto en la jurisprudencia constitucional de los APPRI constituyen un mecanismo muy valioso para el Ejecutivo, que le permite abordar a nivel bilateral la negociación de declaraciones interpretativas con suficiente margen de acción y disponibilidad de alternativas.

Por lo tanto, mediante la aprobación o desaprobación de una cláusula, la Corte puede enviar un mensaje sobre la validez de dicha disposición en el ordenamiento jurídico colombiano; a su vez, esto permite al Ejecutivo tomar decisiones de política exterior basado en estas posiciones. Lo anterior podría observarse como una manifestación del criterio de la Corte frente a la cláusula, sin necesidad de abordar el estudio sobre su conveniencia.

Retomando la línea jurisprudencial, se concluye que la Corte Constitucional, al definir el alcance del control de constitucionalidad que debía impartirse a los APPRI, confirmó con quince sentencias que:

²¹ “Desconocer, sin más, los múltiples y reiterados pronunciamientos emitidos en el mismo sentido —constitucionalidad del principio NMF [“nación más favorecida”]— para declarar la inconstitucionalidad de un precepto estructural del acuerdo estudiado que motive el cambio de jurisprudencia afectaría gravemente: (i) la valiosa seguridad jurídica que rige las relaciones comerciales; (ii) la confianza del gobierno en las negociaciones que adelanta, atendiendo consideraciones de esta Corporación; (iii) el adecuado manejo de las relaciones internacionales; y (iv) la percepción del Estado colombiano en el escenario internacional”. *Ibid.*, apartado 211.

1. El control de constitucionalidad de estos tratados debe ser leve, abstracto y objetivo.
2. Debe excluirse de este ejercicio toda consideración sobre la conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia del instrumento internacional.
3. La existencia de una parte dogmática prevista en la Constitución Política no puede dar pie a la ampliación de este examen para ejercer control político sobre las decisiones adoptadas por la Rama Ejecutiva al celebrar un APPRI.
4. Los APPRI contienen las reglas jurídicas necesarias para definir el alcance e interpretación de los compromisos pactados y para resolver las posibles disputas que se puedan presentar en su implementación.
5. La proyección de escenarios futuros e hipotéticos sobre la aplicación, la implementación o los efectos de las disposiciones de estos tratados son asuntos que escapan de este control, pues la Corte no cuenta con los elementos fácticos de juicio relacionados con la aplicación directa de las medidas que se pretenden implementar.
6. Corresponde al presidente de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, evaluar la pertinencia y la justificación de la celebración de estos tratados.
7. No es procedente la formulación de reservas a un tratado bilateral, y la orden de formular declaraciones interpretativas no constituye una modificación al texto del acuerdo; por consiguiente, no es necesaria una nueva negociación, ni surtir el trámite interno de aprobación.

Desde 1995, se ha observado que la Corte Constitucional, a través del control de constitucionalidad de los diversos APPRI, permitió que la política pública de inversión extranjera, diseñada por la Rama Ejecutiva respecto a la negociación y la suscripción de estos tratados, fuera implementada contando con la seguridad jurídica que otorgaba una jurisprudencia uniforme, la cual reconocía y respetaba las facultades del presidente de la República en la dirección de las relaciones internacionales²².

²² Esta estabilidad puede observarse incluso al acudir a aquellas ocasiones en las que la Corte encontró que un artículo de un APPRI podría ser inconstitucional, tal como ocurrió con ocasión de la Sentencia C-358 de 1996, pues incluso allí evitó hacer consideraciones de conveniencia sobre el fondo de dichas disposiciones.

Esta línea jurisprudencial permitió que los ajustes que requieren frente a la experiencia ganada por la implementación y la aplicación de los compromisos pactados en los APPRI se aborden en el marco de reformas a la política pública y no en el examen de constitucionalidad, lo que ofrece la posibilidad de garantizar un ambiente de confianza, seguridad jurídica y óptima percepción del Estado en el escenario internacional.

EL CAMBIO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA C-252 DEL 2019

No obstante, el cambio jurisprudencial frente al alcance que debe tener el control de constitucionalidad de los APPRI se presentó con la Sentencia C-252 del 2019, mediante la cual la Corte Constitucional efectuó el examen de exequibilidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones y de su ley aprobatoria²³. La conducción de este control de constitucionalidad, desde el inicio del procedimiento, se desarrolló de una manera diferente, puesto que la Corte adelantó actuaciones que no tenían precedente frente al control ejercido respecto de APPRI anteriores.

Así, concluido el periodo probatorio, la Sala Plena de la Corte Constitucional emitió el Auto 707 del 31 de octubre del 2018^[24], mediante el cual ordenó convocar a audiencia pública y citar a los funcionarios y personas referidas en dicha providencia, solicitando a su vez que estos alleguen, antes de la audiencia, un escrito con la respuesta al cuestionario que la Corte adjuntó en el auto en mención. La citación a audiencia pública está plenamente justificada a la luz del artículo 67 del Acuerdo 2 del 2015; lo que llama la atención de esta actuación es el alcance y el contenido del cuestionario elaborado por la Corte, el cual estuvo compuesto de cuatro ejes temáticos y parecía tocar asuntos normalmente reservados a la Rama Ejecutiva, como los estudios de conveniencia previos a la negociación o los intereses económicos detrás de una relación comercial con el Estado en cuestión.

A modo de ejemplo, en el cuestionario mencionado se requirieron de los estudios técnicos y proyecciones previas en los que se fundó la celebración del APPRI con Francia; los elementos analizados en esos estudios; así como si estos tuvieron en cuenta la balanza de pagos, los flujos de inversión

²³ Congreso de la República, L. 1840/2017.

²⁴ C. Const., Auto 707, oct. 31/2018, M. S. Carlos Bernal Pulido, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a707-18.htm>

extranjera directa entre los dos Estados, los sectores de inversión, los efectos acumulativos de los beneficios otorgados en comparación con los otros APPRI vigentes para Colombia y las controversias surgidas entre inversionistas franceses y los otros países donde han invertido.

De igual manera, la Corte decidió requerir información que no guardaba relación directa con el tratado en examen, interrogando sobre las reglas de procedimiento pactadas por Colombia, en el marco de la demandas de inversión en curso contra Colombia y el derecho aplicable; las medidas o decisiones que han dado lugar a las controversias de inversión; las cláusulas de los tratados bilaterales que se han invocado en estas demandas, el estado actual de estos arbitrajes y el monto de las pretensiones de las demandas.

Se considera que estos interrogantes estaban dirigidos a obtener información que necesariamente derivaría en la ampliación del control de constitucionalidad de estos acuerdos, ya que apuntaban a verificar el estado actual de la implementación de los APPRI suscritos por Colombia y sus resultados, además de indagar sobre asuntos de carácter político y técnico, lo cual se enmarca en criterios de conveniencia, necesidad y efectos prácticos sobre implementación.

Ahora bien, respecto a las personas citadas a la audiencia, entre funcionarios del Gobierno nacional y expertos, se debe también tener en consideración la citación que la Corte hizo al embajador de la República de Francia en Colombia, para absolver los interrogantes planteados en el primer eje temático del cuestionario. Esta práctica fue replicada en el control de constitucionalidad que la Corte adelantó respecto del TLC con Israel, en el que la Corte decidió también invitar a la audiencia a los embajadores de Israel y Palestina²⁵.

Cobra relevancia la intervención del entonces ministro de Relaciones Exteriores en esta audiencia, señor Carlos Holmes Trujillo, en la que explica las razones por las cuales esa cartera considera improcedente que la Corte Constitucional acoja la práctica de citar a representantes diplomáticos de otros Estados y de organismos internacionales a audiencias, en el marco de procesos jurídicos de carácter eminentemente interno:

La tramitación de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, incluyendo el control de su constitucionalidad, es un asunto de carácter estrictamente interno, jurídico y desprovisto de consideraciones políticas de conveniencia, en el cual no deberían intervenir representantes políticos o agentes diplomáticos

²⁵ C. Const., Auto 795A, dic. 5/2018, M.S. José Fernando Reyes Cuartas.

de otras naciones, no solo por la naturaleza del proceso sino porque esa intervención podría suscitar malentendidos y perturbar las relaciones exteriores de Colombia, tanto más si se trata de un representante político o agente diplomático de un tercero que no es parte en el tratado que se examina.

El Gobierno entiende que la citación a los representantes políticos o agentes diplomáticos a estas audiencias corresponde a una invitación y en ningún momento es obligatoria. Sin embargo, se ratifica en que no se los puede tener como expertos técnicos en las materias reguladas por los tratados. Tampoco resulta adecuado que los Embajadores comparezcan para absolver las inquietudes planteadas en ejes temáticos en los cuales se busca definir razones de conveniencia y necesidad que llevaron al Gobierno de Colombia a negociar un tratado²⁶.

No obstante el llamado del Ejecutivo de mantener al margen de un proceso jurídico interno a los representantes diplomáticos de los Estados con los que se han suscrito estos tratados, o incluso a terceros que no forman parte de estos instrumentos, la Corte ratificó la necesidad de su intervención, afirmando que los embajadores eran citados en calidad de expertos técnicos.

Resultó evidente que la participación de los embajadores citados, tanto en la audiencia del APPRI con Francia como en la del TLC con Israel, consistió en una intervención de carácter político, al apoyar o desaprobar la decisión de los Estados de suscribir estos tratados, alejándose de manera notoria de aspectos técnicos o jurídicos que, según la Corte, era el fin perseguido. Debe analizarse si el loable propósito de la Corte podría eventualmente abrir la puerta a que los Estados y las organizaciones internacionales intervengan en procesos judiciales internos para manifestar su aprobación o desaprobación sobre las decisiones adoptadas por la Rama Ejecutiva, en la dirección de las relaciones internacionales, en desconocimiento del principio de derecho internacional aceptado por Colombia de no intervención en asuntos internos²⁷. En cuanto al análisis de fondo del tratado, la Corte Constitucional consideró en esta ocasión:

el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias frente a la totalidad de las normas constitucionales no solo es un dispositivo para garantizar la supremacía constitucional, sino que también es

²⁶ C. Const., Sent. C-254, jun. 6/2019, M. P. José Frenando Reyes Cuartas, 176-178.

²⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril 1961, art. 41, <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvencionViena.htm>.

una oportunidad para enriquecer el proceso de celebración de tratados internacionales desde el punto de vista deliberativo, tal como ocurrió en el presente asunto, habida cuenta de los múltiples y variados argumentos presentados por los intervinientes y autoridades convocados a participar. En tales términos, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales está diseñado para complementar, desde el punto de vista de la supremacía constitucional y la deliberación, las decisiones políticas de las ramas ejecutiva y legislativa. Esto, por supuesto, sin perjuicio del deber constitucional a cargo de ambas ramas de propiciar escenarios y procesos de participación y deliberación, amplios e incluyentes, que fortalezcan el proceso de formación de la voluntad del Estado de suscribir y aprobar los compromisos internacionales [énfasis con subrayas en el original]²⁸.

Así, más allá de abordar el control de constitucionalidad como un juicio desprovisto de consideraciones de conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia del tratado, la Corte afirma que su objetivo es complementar las decisiones políticas de la Rama Ejecutiva, enriqueciendo el proceso de celebración de tratados, desde una perspectiva deliberativa. Es decir, la Corte acepta que en esta ocasión está yendo más allá de un estudio estrictamente jurídico, para entrar a propiciar debates políticos de conveniencia que están en cabeza de las demás ramas del poder público. Esto lo haría, entonces, con base en toda la información que la Corte puede llegar a recibir, con ejercicios como la convocatoria a audiencias públicas, la citación de las partes que suscribieron el tratado y la elaboración de cuestionarios que abarcan no solo temas de relevancia constitucional, sino asuntos de carácter político.

La ampliación del control de constitucionalidad también se justifica en esta sentencia con la afirmación según la cual, siempre que los contenidos y alcances normativos de una cláusula del tratado tengan relevancia constitucional, es perentorio para la Corte tenerlos en cuenta para efectos de analizar su compatibilidad con la Constitución Política²⁹.

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por otro lado, la Corte afirma que, contrario a lo sostenido en su jurisprudencia anterior, si bien en el pasado no podía prever las vicisitudes relacionadas con la interpretación y la aplicación de los APPRI y sus efectos prácticos,

²⁸ Const, Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, apartado 55.

²⁹ *Ibid.*, apartado 57.

en la actualidad esto es posible de manera parcial. La Corte justifica su razonamiento en el hecho de que ahora se puede acceder a la información sobre las interpretaciones y las decisiones que han adoptado los tribunales de arbitramento en el mundo, convocados para dirimir controversias de inversión en el marco de estos tratados³⁰.

En este sentido, se podría concluir que el control sobre la constitucionalidad de las cláusulas de los APPRI podría fundamentarse en las decisiones que adopten los mecanismos especializados de solución de controversias, es decir, los tribunales de arbitramento, sobre su contenido y alcance, siempre que tengan relevancia constitucional.

Adicionalmente, se advierte que esta nueva posibilidad de acceso a la información, vía decisiones de tribunales de arbitramento de inversión, permite a la Corte Constitucional adelantar juicios de conveniencia sobre la política pública de inversión, fundamentándose en el monto de las pretensiones de las demandas de inversión que en la actualidad se han presentado contra el Estado colombiano; sin embargo, así sea este un argumento evidentemente político, la Corte justifica su relevancia constitucional con el principio de sostenibilidad fiscal³¹.

Continuando con los argumentos esbozados por la Corte para justificar su cambio de jurisprudencia en el control de constitucionalidad de los APPRI, este tribunal asume la responsabilidad, bajo el mandato constitucional, de precaver y minimizar los riesgos constitucionales derivados del compromiso de la responsabilidad internacional del Estado colombiano; en particular, afirma la Corte que le corresponde prevenir: “(i) que el Estado colombiano asuma compromisos internacionales inconstitucionales o (ii) que actos estatales ordenados o permitidos, a la luz de la Constitución Política, den lugar a hechos internacionalmente ilícitos”³².

En esta materia cobra especial relevancia el hecho de que, para que la Corte Constitucional pueda asumir la responsabilidad de prevenir que el Estado colombiano pueda ser eventualmente condenado en el marco de una controversia de inversión por actos estatales, necesariamente deberá tener como parámetros de control constitucional los resultados de la implementación de APPRI vigentes, los actos administrativos que han generado controversias de inversión y las decisiones de los tribunales de arbitramento convocados para dirimir dichas controversias, lo cual, de nuevo, hace que la Corte efectúe juicios de conveniencia, utilidad y eficiencia, los cuales

³⁰ *Ibid.*, apartados 58-60.

³¹ *Ibid.*, apartado 63.

³² *Ibid.*, apartado 64.

resultan en una injerencia desproporcionada sobre las facultades del Ejecutivo respecto del diseño, la implementación y la revisión de la política de inversión extranjera.

La Corte Constitucional precisa que el alcance del control de constitucionalidad del acuerdo con Francia se efectúa mediante un juicio de razonabilidad fundamentado en las siguientes premisas:

(a) el control de constitucionalidad implica “comparar las disposiciones del instrumento internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las normas previstas en el ordenamiento superior”, incluido, por supuesto, el artículo 226 constitucional; (b) la Constitución Política define principalmente a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la “conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia” de los tratados internacionales; por lo tanto, en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los mismos y (c) la Corte debe examinar el contenido del tratado y salvaguardar “los derechos fundamentales, el orden público [y] la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho”, así como “los mandatos, valores y principios que aseguran la vigencia del Estado social”³³.

De acuerdo con lo anterior, la Corte decide que en este control verificará:

1. La legitimidad, a la luz de la Constitución Política, de las finalidades globales de cada una de las disposiciones del tratado.
2. La idoneidad del tratado y de sus cláusulas, es decir, que existan elementos de juicio para concluir que contribuirán a alcanzar sus finalidades³⁴.

Bajo estos parámetros, se advierte que, en el caso del acuerdo con Francia, no solo el Gobierno nacional, sino lo demás actores que participaron en el proceso, es decir, expertos, académicos e incluso el representante del Gobierno francés, sí lograron justificar la celebración de este tratado en cuanto demostraron: “(i) la decisión de negociar este APRI es compatible con la política pública exterior de Colombia y (ii) la importancia estratégica de este tratado con Francia”³⁵.

³³ *Ibid.*, apartado 64.

³⁴ *Ibid.*, apartado 65.

³⁵ *Ibid.*, apartado 102.

Lo anterior deja entrever que para el control de constitucionalidad de los APPRI no bastará que el Ejecutivo, en el ejercicio de la dirección de las relaciones internacionales y a la luz de la política pública diseñada para la negociación de estos tratados, defina que el acuerdo es conveniente y estratégico para el Estado colombiano, sino que esta decisión sobre la asertividad o no del Gobierno al haber firmado un tratado con determinado Estado tendrá que ser avalada por la Corte Constitucional.

De conformidad con la decisión de ampliar el control de constitucionalidad, la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones acudiendo a la figura de las declaraciones interpretativas. En este sentido, el Gobierno nacional solo pudo poner en vigor este tratado hasta que se culminó la negociación con la República de Francia sobre las siete declaraciones ordenadas por la Corte Constitucional de Colombia.

SOBRE LOS SALVAMENTOS DE VOTO

Por último, se considera relevante mencionar los salvamentos parciales de voto que formularon respecto de esta sentencia los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Diana Fajardo Rivera; allí (1) manifestaron la ausencia de justificación de la configuración de las situaciones previstas por la Corte Constitucional para que fuera procedente un cambio de línea jurisprudencial³⁶; (2) señalaron que la ampliación e intensificación del control de

³⁶ “1.3. Este cambio de jurisprudencia pareciera adoptarse en razón a que así lo solicitan algunos intervinientes del proceso de constitucionalidad y porque en la actualidad están en curso varios arbitrajes internacionales de inversión en donde el Estado colombiano ha sido demandado por cuantiosas sumas de dinero Sin embargo, estos argumentos no justifican un cambio de precedente, pues en estos casos la jurisprudencia ha definido un conjunto de cargas argumentativas que deben satisfacerse siempre que el juez asume un nuevo rumbo jurisprudencial. Cargas de transparencia, que se refieren a la identificación de las decisiones previas relevantes sobre casos parecidos; y cargas de suficiencia, que expliquen por qué se propone una nueva posición y por qué esta justifica un sacrificio de los principios de seguridad, confianza, igualdad y unidad. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que las condiciones que pueden sustentar un cambio jurisprudencial son: (i) la reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) las transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre algún asunto; y (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Sentencia no asume las cargas argumentativas que exige el cambio de jurisprudencia, pues no se advierte que el precedente fijado por esta Corte, en lo

constitucionalidad en estos tratados, a través de un juicio de razonabilidad, comporta una injerencia desproporcionada en las facultades del Ejecutivo en la dirección y manejo de las relaciones internacionales³⁷; (3) expusieron que, en aras de la seguridad jurídica, no le es dable a la Corte imponer su visión sobre el contenido de las cláusulas del tratado y cómo deben negociarse³⁸; y (4) consideraron que las decisiones de los tribunales de arbitramento en el mundo, las cuales fueron amplia y detalladamente referidas en la sentencia, constituyen criterios auxiliares de interpretación y no fuentes formales de derecho, sin que se hayan encontrado justificación para adoptar la decisión de usarlas como parámetros para adelantar el examen de constitucionalidad³⁹.

que se refiere al alcance del control constitucional sobre tratados de índole comercial, va a ser modificado. Por ende, esta decisión no se sustenta en ninguno de los eventos definidos por la jurisprudencia para fundamentar tal determinación". *Ibid.*, salvamento parcial de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera.

³⁷ "Sin perjuicio de esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 189.2 de la Carta expresamente señala que le corresponde al presidente de la República como jefe de Estado "[d]irigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso [...]. En vista de esto, esta Corte ha sido enfática en señalar que el estudio que le corresponde adelantar sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban consiste en un examen jurídico objetivo, que excluye cualquier consideración sobre la conveniencia política, oportunidad práctica o utilidad, pues se trata de asuntos que le corresponden al Gobierno nacional, en su facultad de celebrar acuerdos y dirigir las relaciones internacionales, y al Congreso de la República, al momento de aprobar o improbar como un todo (in toto) dichos acuerdos" (énfasis añadido). *Ibid.*, salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

³⁸ "En este orden de ideas, al implementar un análisis jurídico extraño al derecho internacional y al utilizar argumentos que escapan a un examen jurídico objetivo, la Corte buscó, en aras de la seguridad jurídica, imponer su visión propia sobre el contenido específico de ciertas cláusulas, definiendo ella misma cómo negociar, así como determinar el alcance y contenido que deben tener ciertas expresiones en el Acuerdo. En mi opinión, la Corte Constitucional no puede —y no debe— imponerle al Ejecutivo el contenido de dichas disposiciones". *Ibid.*, salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

³⁹ "Segundo, la Corte ha incurrido en un uso indiscriminado de los fallos arbitrales para sustentar su posición. El derecho internacional moderno reconoce que los fallos y decisiones de cortes o tribunales internacionales tienen un rol relevante en la interpretación de normas jurídicas. Sin embargo, en el presente caso la Corte ha omitido justificar cómo los casos y la jurisprudencia que utiliza guardan alguna relación para efectos de la interpretación del Acuerdo. En efecto, a pesar de un número extenso y pormenorizado de casos y sentencias citados, se extraña un estudio de cómo los hechos y el derecho aplicable en estos casos resulta en concreto pertinente para interpretar el texto específico del Acuerdo. En consecuencia, la posición de la Corte se fundamenta en medios auxiliares para determinar reglas de derecho sin que precisamente se establezca cómo dichos medios guardan alguna relación con el Acuerdo". *Ibid.*, salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo. "2.4. Aunado a lo anterior, los condicionamientos fijados a las referidas expresiones se apoyan

Los argumentos expuestos en estos salvamentos de voto permiten confirmar que, si bien en la Sentencia C-252 del 2019 se adoptó un cambio de jurisprudencia y se aplicó un juicio de razonabilidad al acuerdo con Francia, aparte de la ausencia de justificación de la configuración de los criterios previstos por ese tribunal para que sea procedente un cambio de jurisprudencia, la adopción de un criterio de razonabilidad en el examen de constitucionalidad necesariamente conlleva que el juez constitucional abandone la objetividad que un ejercicio jurídico requiere y se vea obligado a efectuar consideraciones políticas de carácter general sobre toda una política pública; incluso la adopción de este criterio implica que la Corte adelante una función preventiva. Todo esto deriva en una intromisión desproporcionada en las facultades del Ejecutivo en la dirección de las relaciones internacionales y las relaciones bilaterales del Estado, al dictar la forma como se deben interpretar estos tratados e incluso el contenido puntual de algunas cláusulas.

EL IMPACTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL FUTURO DE LOS APPRI

Efectuado el análisis sobre el control de constitucionalidad llevado a cabo por la Corte Constitucional sobre los APPRI suscritos por el Estado colombiano, con especial énfasis en el cambio de jurisprudencia adoptado mediante la Sentencia C-252 del 2019, en la que se declara la exequibilidad condicionada del APPRI con Francia, se puede concluir lo siguiente:

El derecho internacional de inversión, como cualquier rama del derecho, no es estático; su evolución dependerá, en buena parte, de las necesidades que surjan para los Estados, conforme a las experiencias y resultados frente a la implementación y aplicación de los APPRI.

No se puede desconocer que el camino recorrido en materia de controversias de inversión ha arrojado insumos muy valiosos para que los Estados ajusten sus políticas públicas en la materia y adelanten esfuerzos para

en diferentes providencias de tribunales arbitrales de inversión en casos que involucran a otros Estados en el marco de diferentes acuerdos comerciales. Al respecto debo señalar que, de conformidad con el derecho internacional, estas decisiones son simplemente criterios auxiliares de interpretación, y de acuerdo al artículo 230 de la Constitución Política, tampoco podrían considerarse fuentes formales de derecho. Sin embargo, la Sentencia omite estas circunstancias y no justifica por qué, a pesar de esto, tales decisiones pueden constituirse en parámetros de control constitucional". *Ibid.*, salvamento parcial de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera.

modernizar y actualizar estos tratados, a la luz de las necesidades y los desafíos que representa la puesta en práctica de los compromisos pactados.

Sin embargo, las consideraciones, las preocupaciones o las críticas sobre el sistema de solución de controversias adoptado en los APPRI, o respecto del riesgo, en términos económicos, que las controversias de inversión representan para los Estados, así como las diversas posiciones sobre el alcance de las limitaciones a la autonomía regulatoria del Estado y la libertad de configuración de las políticas sobre orden público, entre otros muchos debates legítimos y necesarios en esta materia, no pueden solucionarse o definirse a través del control de constitucionalidad, en desconocimiento de las facultades que le han sido asignadas al presidente de la República como director de la relaciones internacionales, de precisamente diseñar, estructurar, actualizar, modificar e implementar la política pública de inversión extranjera, conforme a consideraciones de conveniencia, necesidad, utilidad, eficiencia, resultados, entre otros asuntos, diferentes al juicio jurídico objetivo que sí corresponde adelantar a la Corte Constitucional.

El precedente de cambiar la línea jurisprudencial para ejercer un control de constitucionalidad basado en un juicio de razonabilidad, en el que caben consideraciones sobre la importancia estratégica de estos tratados, o el deber de prevenir la configuración de responsabilidad internacional del Estado o incluso de garantizar la sostenibilidad fiscal, abre una ventana muy peligrosa que permite que un juez nacional pueda llegar a tener la facultad de definir el contenido y el alcance de las cláusulas de un tratado bilateral suscrito y los principios bajo los cuales las dos partes deben interpretarlo, desconociendo la voluntad original de las partes en el proceso de negociación y los estudios políticos y técnicos adelantados para definir la línea de negociación.

No se desestima la valiosa labor que ha hecho la Corte Constitucional en el ejercicio de verificar la compatibilidad de los APPRI con la carta política e incluso se considera que el análisis y las advertencias que hace la Corte en sus sentencias han servido de pauta para que la Rama Ejecutiva desarrolle y revise su política de inversión extranjera en materia de negociación de APPRI. No obstante, decisiones como la adoptada en la Sentencia C-252 del 2019 pueden generar serias afectaciones en las relaciones comerciales internacionales de Colombia, además de poner en riesgo el ambiente de confianza y seguridad jurídica que el Estado debe garantizar en el escenario internacional.

Prácticamente la Corte ha definido los términos en los que ciertas cláusulas deben negociarse, dejando al Ejecutivo sin ningún margen de acción para convenir y buscar balances en estos tratados, y desconociendo la

posibilidad de adoptar figuras o lenguajes alternativos que puedan servir a los mismos fines.

En consecuencia, se considera que el cambio de línea jurisprudencial introducido con la Sentencia C-252 del 2019 necesariamente impacta y direcciona la política de inversión extranjera en materia de negociación de acuerdos internacionales de inversión y puede constituirse en un precedente que permita restringir, en otras áreas, las facultades de la Rama Ejecutiva para definir la conveniencia y necesidad de celebrar tratados y los términos en los que plantea su negociación.

Entendiendo las implicaciones que pueden tener las decisiones de la Corte Constitucional sobre las relaciones internacionales y la importancia de respetar las facultades del Ejecutivo en su dirección, es posible —y en efecto sucede— que las sentencias de la Corte sirvan de referente a las entidades a cargo de la negociación de estos tratados para ajustar términos y disposiciones que generen discusiones en torno a su compatibilidad con la Constitución Política. El compromiso de los Gobiernos de trabajar los textos modelo de negociación, teniendo en consideración las sentencias precedentes de la Corte Constitucional, abona un terreno muy importante para evitar que este tribunal adopte decisiones que impliquen que el Ejecutivo tenga que adelantar actuaciones que desconocen la práctica internacional de los Estados en la negociación y celebración de tratados y pueden tener efectos adversos en las relaciones bilaterales y en la percepción del Estado colombiano a nivel internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Calderón, Juan Jacobo. “Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructura e interpretación”. *Estudios Socio-Jurídicos* 7, n.º 2 (2005): 92-123.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). “Lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera”. Documento CONPES 3135, 9 de octubre del 2001. <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-misionales/administracion-profundizacion-y-aprovechamiento-de/documentos-conpes/documento-conpes-3135-de-2001.aspx>.
- “Manejo de los flujos de endeudamiento en los acuerdos internacionales de inversión extranjera”. Documento CONPES 3197, 26 de agosto del 2002.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). “International Investment Agreements Navigator”. s.f. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

—“Recent Developments in the International Investment Regime”. *ILA Issues Note*, n.º 1 (2018). https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf

Congreso de la República. Ley 1840, 12 de julio del 2017, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. *Diario Oficial* 50 292.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, acceso el 13 de enero del 2020. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, acceso el 13 de enero del 2020. <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvencionViena.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-123, 22 de febrero del 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

— Sentencia C-150, 11 de marzo del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

— Sentencia C-157, 6 de abril del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

— Sentencia C-169, 7 de marzo del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

— Sentencia C-178, 25 de abril de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

— Sentencia C-184, 17 de junio del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

— Sentencia C-199, 14 de marzo del 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

— Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.

— Sentencia C-286, 13 de mayo del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

— Sentencia C-294, 23 de abril del 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

— Sentencia C-309, 3 de mayo del 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

— Sentencia C-377, 19 de mayo del 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

— Sentencia C-446, 8 de julio del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

— Sentencia C-608, 3 de agosto del 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

— Sentencia C-620, 30 de septiembre del 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

— Sentencia C-750, 24 de julio del 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

— Auto 795A, 5 de diciembre del 2018. M.S. José Fernando Reyes Cuartas.

— Auto 707, 31 de octubre del 2018. M.S. Carlos Bernal Pulido.

- Departamento Nacional de Planeación. “Instrumentos de política comercio exterior”. s. f. <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-empresarial/comercio-exterior-e-inversion-extranjera/Paginas/instrumentos-de-politica.aspx>.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. “Acuerdos internacionales de inversión (AI)” . s. f. <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>
- “Normograma sig”. 2022. <http://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig>
- “Respuestas de la Dirección de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a las preguntas de la Honorable Corte Constitucional relativas al contenido el referido acuerdo internacional”. Audiencia pública en el marco del proceso de control de constitucionalidad de la Ley 1840 del 12 de julio del 2017, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo ente el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Corte Constitucional, expediente LAT-455, 4 de diciembre del 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=7134>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2553, 23 de diciembre de 1999, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Comercio Exterior y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 43 827.
- Ramírez Molinares, Carlos Vicente. “La inversión extranjera directa en Colombia. Años 1990-2009”. *Saber, Ciencia y Libertad* 5, n.º 2 (2010): 173-183.
- Rivas-Ramírez, Daniel. “Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico”. En *¿El Estado constitucional en jaque?*, editado por Floralba Padrón Pardo y Magdalena Inés Correa Henao, 218-256. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

El principio constitucional de reciprocidad frente al Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Laura Catalina Cárdenas Rodríguez

Juan Pablo Pontón-Serra

Enrique Prieto-Ríos

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de la inversión extranjera, como subsistema del derecho internacional público cuyo objetivo es la protección de los intereses y los derechos de inversionistas extranjeros en los Estados receptores, ha sido criticado por académicos, sectores políticos y sociedad civil por los efectos negativos que puede generar en materia de capacidad regulatoria de los Estados en asuntos de interés público, así como por la falta de armonización con los distintos derechos internos. Este panorama permite entender la importancia de dos pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre dos acuerdos internacionales de inversión en particular.

La primera decisión fue proferida el 6 de marzo del 2018 por la Gran Sala del TJUE, como resultado de la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Federal de Justicia Alemán, en el marco de un procedimiento de anulación del laudo arbitral *Achmea BV c. República Eslovaca* ante la jurisdicción alemana. Este caso fue considerado un hito, teniendo en cuenta que el TJUE declaró que la cláusula de solución de controversias del tratado bilateral de inversión (TBI) entre la República Federal Checa y Eslovaca y los Países Bajos, suscrito en 1991, era incompatible con el derecho de la Unión Europea (UE). Esta decisión, así como el acuerdo entre veintitrés Estados miembros de la UE para la terminación de los TBI

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.585>

suscritos entre Estados miembros de la UE (TBI intraeuropeos) y posteriores pronunciamientos de la Comisión Europea, dejaron sin piso estos TBI.

A nivel global, las dudas persistían sobre cuál era el impacto, si existía, del fallo *Achmea* sobre acuerdos internacionales de inversión firmados entre la UE o Estados miembros de la UE con terceros Estados (TBI extraeuropeos). En el marco del análisis de constitucionalidad del TBI entre Francia y Colombia (Sentencia C-252 del 2019), se alertó a la Corte Constitucional de Colombia sobre el posible impacto del fallo *Achmea* respecto del principio constitucional de reciprocidad diplomática. En la sentencia, la Corte no consideró el alcance de estos desarrollos para Colombia, omisión que el magistrado ponente de la sentencia estimó desafortunada en su aclaración de voto¹.

En la segunda decisión, proferida el 30 de abril del 2019, el TJUE analizó justamente la compatibilidad de un TBI extraeuropeo con el derecho de la UE: el Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito entre la UE y Canadá (CETA). En el Dictamen 1/17, el TJUE estableció bajo qué criterios un TBI extraeuropeo puede considerarse compatible con el derecho de la UE.

En este contexto, este capítulo analiza el impacto del fallo *Achmea* y del Dictamen 1/17 respecto de los TBI firmados por Colombia con España y Francia, por un lado, y respecto de acuerdos internacionales de inversión que pueda suscribir Colombia con otros Estados de la UE a futuro, por el otro. Así, se plantea que las decisiones recientes del TJUE han establecido condiciones para la compatibilidad de estos acuerdos con el derecho de la UE que estos acuerdos no cumplen. Ello podría tener como consecuencia que la jurisdicción de tribunales arbitrales convocados por inversionistas colombianos en virtud de estos tratados se vea afectada o que estos encuentren obstáculos para la ejecución de laudos proferidos a su favor. Esto significaría una vulneración del principio de reciprocidad, la cual debe traducirse en la consolidación de un estándar de control estricto de constitucionalidad sobre TBI suscritos con Estados miembros de la UE.

Con este fin, se reseña brevemente las decisiones en *Achmea* y en el Dictamen 1/17, para después explicar sus impactos respecto de TBI intraeuropeos, por un lado, y TBI extraeuropeos, por el otro. Luego, se presenta el caso concreto de los TBI extraeuropeos de los que forma parte Colombia. Por último, se expone el principio de reciprocidad, a la luz del derecho internacional y del derecho constitucional colombiano, y se concluye.

¹ C. Const, Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido, aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido, apartados 4-6.

EL FALLO *ACHMEA* Y LA INCOMPATIBILIDAD DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL TBI REPÚBLICA FEDERAL CHECA Y ESLOVACA-REINO DE PAÍSES BAJOS

El 6 de marzo del 2018, la Gran Sala del TJUE dictó una sentencia en el marco de la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo de lo Civil y lo Penal de Alemania, en relación con el procedimiento de anulación del laudo arbitral proferido el 7 de diciembre del 2012 en el caso *Achmea BV c. República Eslovaca*. La controversia de inversión había enfrentado a una empresa de los Países Bajos con el Estado eslovaco, a raíz de la decisión de este de dejar sin efectos la liberalización del mercado de seguros de enfermedad, en el que operaba el inversionista.

Achmea inició un procedimiento de arbitraje con sede en Frankfurt bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en contra de Eslovaquia, en virtud del TBI República Federal Checa y Eslovaca-Reino de Países Bajos. El laudo, que condenó a Eslovaquia al pago de 22,1 millones de euros en favor de Achmea, fue objeto de un recurso de anulación por parte de Eslovaquia ante la jurisdicción alemana. El recurso fue desestimado por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Frankfurt, decisión que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, que remitió la cuestión prejudicial al TJUE². A la pregunta de si el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto en el TBI vulnera el orden de competencias fijado por los tratados de la UE y la autonomía de su sistema jurídico, el TJUE respondió de forma afirmativa³.

En primer lugar, el TJUE consideró que un tribunal arbitral constituido bajo el artículo 8.º del TBI no forma parte del sistema jurisdiccional de la UE y no se le puede considerar un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. Esto implica que las cuestiones relativas al derecho de la UE que tuviera que tratar el tribunal arbitral en el laudo no podrían ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial.

En segundo lugar, la incompatibilidad para el TJUE está dada por el hecho de que las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral, contemplado en el artículo 8.º del TBI, pueden tener relación con la interpretación o la aplicación del derecho de la UE. En efecto, según el artículo 8:6 del TBI, el tribunal arbitral debe decidir con base en derecho, teniendo

² Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia-Asunto C-284/16 *Achmea*, 6 de marzo del 2018, párr. 6-23.

³ *Ibid.*, párr. 62.

en cuenta, entre otros, la ley vigente en la parte contratante involucrada en la controversia, al igual que cualquier acuerdo relevante suscrito entre las partes contratantes. Al respecto, el TJUE afirmó:

40. A este respecto, incluso suponiendo, como alega Achmea, que dicho tribunal arbitral solo sea competente, a pesar de la muy amplia formulación del artículo 8, apartado 1, del TBI, para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de este Tratado, no es menos cierto que, a estos efectos, debe tener en cuenta en particular, con arreglo al artículo 8, apartado 6, del TBI, el Derecho vigente de la Parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes.

41. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza y las características del Derecho de la Unión mencionadas en el apartado 33 de la presente sentencia, debe considerarse que ese Derecho forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, al mismo tiempo, se deriva de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros⁴.

En consecuencia, dicha facultad del tribunal es contraria, en particular, al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que establece la exclusividad del TJUE para interpretar los tratados de la UE y los actos adoptados por sus instituciones, órganos u organismos. Para el TJUE, entonces, es inadmisibles que un tribunal arbitral tenga la eventual facultad de interpretar o aplicar el derecho de la UE, puesto que es al TJUE al que le corresponde el monopolio en su interpretación y aplicación, en aras preservar la integridad del derecho de la UE⁵. En cumplimiento del fallo *Achmea* del TJUE, el Tribunal Supremo alemán anuló el laudo.

EL IMPACTO DEL FALLO *ACHMEA* RESPECTO DE LOS TBI INTRAEUROPEOS

El impacto más inmediato del fallo *Achmea* se reveló en procedimientos ante tribunales arbitrales de inversión. En concreto, varios Estados de la UE han invocado la “objeción Achmea” en controversias bajo TBI intraeuropeos.

⁴ *Ibid.*

⁵ Sabrina Robert-Cuendet, “L’arrêt de La Grande Chambre de La CJUE Du 6 Mars 2018 Dans l’affaire Achmea: La Fin Des TBI Européens?”, *European Papers* 3, n.º 2 (2018): 997.

De acuerdo con esta objeción, el fallo *Achmea* tiene efectos *erga omnes* respecto de los tratados intraeuropeos, con cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado, y la obligación de respetar el derecho de la UE pesa también sobre inversionistas, por lo que la invocación de la cláusula de solución de controversias viola el derecho de la UE, y la oferta de arbitraje del respectivo TBI es inaplicable.

Esta objeción ha sido hasta el momento desestimada. En *Marfin Investment c. Chipre*, el tribunal consideró que el TJUE en *Achmea* no había tratado cuestiones relativas a la terminación o inaplicabilidad de los TBI intraeuropeos y que el TBI aplicable, el TBI Chipre-Grecia, no había sido ni terminado ni sustituido por tratados sucesivos del derecho de la UE, en particular porque el derecho de la UE y el TBI tenían objetos distintos⁶. De forma similar, en la controversia *UP y CD Holding Internationale c. Hungría*, surgida bajo el TBI Francia-Hungría⁷, el tribunal afirmó que la controversia que lo convocaba era diferente a la del caso en *Achmea*, principalmente porque la sede era Londres y no Frankfurt, y la ley aplicable al procedimiento arbitral eran el Convenio y el reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) y no la ley de procedimiento alemán. Contrario a *Achmea*, en *UP y CD Holding*, al tratarse de un arbitraje bajo el CIADI, la validez del laudo no es competencia de la jurisdicción inglesa y no hay opción de anulación por fuera del sistema del CIADI. Adicionalmente, respecto del Convenio del CIADI, el tribunal afirmó que el fallo *Achmea* no se refiere específicamente a este y que no hay ninguna regla de derecho de la UE según la cual este sea inconsistente con las obligaciones del Convenio⁸.

⁶ *Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus*, caso CIADI n.º ARB/13/27, laudo, 26 de julio del 2018, párr. 577-597.

⁷ Lo particular de este caso es que fue el tribunal arbitral quien le solicitó a las partes que respondieran a la pregunta de qué relevancia, si la había, tenía para ellos el fallo *Achmea* en la controversia. El Estado argumentó que el fallo *Achmea* tenía efecto *erga omnes*, retroactivo, y que los términos en el que se había redactado daban a entender una amplia aplicación que extendía la incompatibilidad de cualquier TBI intraeuropeo. Igualmente, argumentó que podía revocar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI con la suscripción de un tratado (como el TFUE) que fuera incompatible con el TBI. Para Hungría, adicionalmente, el derecho de la Unión Europea debía tenerse en cuenta por el tribunal como parte del derecho internacional aplicable a la controversia, razón por la cual el principio según el cual no se puede invocar el derecho interno para escapar obligaciones internacionales no es aplicable, puesto que no se puede considerar como derecho interno aquello que incorpora o se deriva de tratados internacionales. También invocó el argumento de la potencial inejecutabilidad del laudo *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and CD Holding Internationale v. Hungary*, caso CIADI n.º ARB/13/35, laudo, 9 de octubre del 2018, párr. 211-221.

⁸ *UP and CD Holding Internationale*, párr. 211-221.

El fallo *Achmea* no tiene entonces injerencia, según los tribunales arbitrales que se han pronunciado al respecto, en las controversias arbitrales de inversión en curso suscitadas a partir de TBI intraeuropeos. La suerte de la objeción *Achmea* no fue en un inicio distinta en procedimientos de anulación de laudos ante jurisdicciones nacionales. La Corte de Apelaciones de Svea desestimó un recurso de anulación presentado por Polonia en contra del laudo proferido en la controversia *PL Holdings*, en aplicación de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en el que el Estado polaco había argumentado que la cláusula arbitral del TBI Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL)-Polonia era contraria al derecho de la UE. Polonia impugnó la decisión de la Corte de Apelaciones ante la Corte Suprema de Suecia, que decidió suspender el procedimiento y presentar una solicitud de decisión prejudicial ante el TJUE encaminada a determinar si un acuerdo de arbitraje en un TBI intraeuropeo entre un inversionista y un Estado miembro es contrario al derecho de la UE, incluso si este último no objetó el acuerdo una vez el inversionista inició el procedimiento de arbitraje⁹.

Esta línea de decisiones contrasta con la posición adoptada por la Comisión Europea, que en julio del 2018 señaló que, como consecuencia del fallo *Achmea*, todas las cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado presentes en TBI intraeuropeos son inaplicables y que cualquier tribunal arbitral establecido en su aplicación carece de competencia, pues la cláusula jurisdiccional es inválida¹⁰. Por esa razón, para la Comisión, los tribunales nacionales deben declarar nulo o impedir la ejecución de cualquier laudo proferido en el marco de dichas cláusulas. La Comisión consideró igualmente que el derecho de la UE provee a los inversionistas europeos un alto nivel de protección, cuya aplicación plena se ve obstaculizada por el establecimiento del sistema paralelo previsto por los TBI intraeuropeos¹¹.

El culmen de estos desarrollos fue la suscripción, el 5 de mayo del 2020, por parte de veintitrés de los veintisiete Estados miembros de la UE, bajo la supervisión de la Comisión Europea, del Acuerdo para la Terminación de

⁹ Con motivo de esta petición, el TJUE decidió que un acuerdo de arbitraje *ad hoc* suscrito entre un Estado miembro y un inversionista proveniente de un Estado miembro y que replique el contenido de un acuerdo de un arbitraje de un TBI es igualmente contrario al derecho de la UE (Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia-Asunto C-109/20, *PL Holdings*, 26 de octubre del 2021).

¹⁰ European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. COM (2018) 547 final", 19 de julio del 2017.

¹¹ *Ibid.*

los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros de la Unión Europea (a la exclusión de Suecia, Irlanda, Finlandia, Austria y, en su momento, el Reino Unido, que no lo firmaron). Este acuerdo, el cual establece que una vez entre en vigor¹² pondrá fin efectivo a los TBI intraeuropeos, se suscribió con el fin de establecer las condiciones bajo las cuales se daría la terminación de los TBI intraeuropeos. Entre las consideraciones de este acuerdo se menciona, por supuesto,

que, de conformidad con la obligación de los Estados miembros de armonizar sus ordenamientos jurídicos con el derecho de la Unión, estos deben extraer las consecuencias necesarias del derecho de la Unión tal como fue interpretado en el fallo del TJUE en el Caso C-284/16 *Achmea* [traducción propia]¹³.

Del acuerdo, de veintiocho artículos y un anexo que enlista los TBI afectados por este, merecen especial énfasis cinco temas: las cláusulas *sunset*, los tratados implicados, los arbitrajes de inversión futuros, los arbitrajes de inversión finalizados y los arbitrajes de inversión en curso.

El artículo 3.º del acuerdo establece que los TBI serán terminados y que las cláusulas *sunset*, las cuales contemplan periodos usualmente de cinco, diez o quince años de aplicación de los tratados posteriores a su terminación o denuncia, no producirán efectos. Se trata de un escenario previsto por el artículo 54(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por cuanto constituye consentimiento de todas las partes de un tratado para su terminación. Sin embargo, también se ha considerado que esta disposición podría chocar con el artículo 70(1)(b) de la Convención, según el cual la terminación de un tratado no debe afectar “ningún derecho, obligación o situación jurídica de los partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”. En efecto, se ha argumentado que el acuerdo

¹² El artículo 16 del acuerdo prevé que este entrará en vigor treinta días calendario después de la fecha en la que el depositario reciba el segundo instrumento de ratificación, aprobación o aceptación.

¹³ European Commission, Acuerdo para la Terminación de Tratados Bilaterales de Inversión Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia y España, 5 de mayo del 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf.

priva de¹⁴ o interfiere con¹⁵ derechos adquiridos de los inversionistas protegidos por los TBI intraeuropeos.

Respecto de los tratados implicados, el acuerdo menciona de manera explícita en las consideraciones que se ocupa de los TBI intraeuropeos y no del Tratado de la Carta de la Energía (TCE). La importancia de esta exclusión no es menor si se considera que la objeción *Achmea* también ha sido elevada en controversias bajo el TCE. La exclusión parece avalar las decisiones de los tribunales arbitrales de los casos *Masdar Solar c. España*¹⁶; *Vattenfall c. Alemania*¹⁷; *Esokol c. Italia*¹⁸, entre otros, que consideraron que el fallo *Achmea* no tenía implicaciones sobre tratados distintos a TBI intraeuropeos. Sin embargo, también es probable que los Estados parte del acuerdo hayan adherido a la posición, por lo demás comprensible, de que lo más sensato es esperar un pronunciamiento del TJUE respecto de la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias del TCE, en concreto con el derecho de la UE¹⁹.

Respecto de los arbitrajes de inversión futuros, el acuerdo es claro al establecer en el artículo 5.º que las cláusulas de arbitraje no podrán servir de base para arbitrajes iniciados luego del 6 de marzo del 2018, fecha del fallo *Achmea*. Dicho artículo, que afectaría una docena de procedimientos arbitrales, tiene entonces un efecto retroactivo, el cual ha sido criticado por ser contrario al Estado de derecho y a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos²⁰.

¹⁴ Devin Bray y Surya Kapoor, “Agreement on the Termination of Intra-EU BITS: Sunset in Stone?”, *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de noviembre del 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>.

¹⁵ Laura Halonen, “Termination of Intra-EU BITS: Commission and Most Member States Testing the Principle of Good Faith under International Law”, *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 13 de mayo del 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/13/termination-of-intra-eu-bits-commission-and-most-member-states-testing-the-principle-of-good-faith-under-international-law/>.

¹⁶ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI n.º ARB/14/1, laudo, 16 de mayo del 2019.

¹⁷ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, caso CIADI n.º ARB/12/12, decisión del asunto de *Achmea*, 31 de agosto del 2018.

¹⁸ *Esokol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, caso CIADI n.º ARB/15/50, decisión sobre la solicitud de terminación y la objeción intra-EU, 7 de mayo del 2019.

¹⁹ Esa decisión llegó el 2 de septiembre del 2021, con el fallo *Komstroy* del TJUE. En este, el TJUE confirmó que el TCE era contrario al derecho de la UE (Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia-Asunto C-741/19, *Komstroy LLC*, 2 de septiembre del 2021).

²⁰ Nikos Lavranos, “The EU Plurilateral Draft Termination Agreement for All Intra-EU BITS: An End of the Post-Achmea Saga and the Beginning of a New One”, *Kluwer*

Respecto de los arbitrajes de inversión finalizados, el artículo 6.º establece que el acuerdo no afecta los procedimientos arbitrales concluidos y que estos no deben reabrirse. El mismo artículo prevé que tampoco se deben afectar los acuerdos de solución amigable de controversias sometidas a arbitraje antes del 6 de marzo del 2018.

Finalmente, respecto de arbitrajes pendientes, el acuerdo prevé en los artículos 8.º, 9.º y 10.º medidas transitorias que incluyen, por un lado, un procedimiento de amigable composición —consistente en un “diálogo estructurado” bajo la supervisión de un facilitador imparcial, con el fin de alcanzar un acuerdo respecto de la controversia— y, por otro lado, la posibilidad para el inversionista de presentar su reclamo ante los tribunales nacionales del Estado receptor, incluso si los términos para hacerlo según el derecho nacional han expirado. Dichos artículos conciernen procedimientos arbitrales iniciados antes del 6 de marzo del 2018 y que no califiquen como procedimientos arbitrales concluidos. La implementación práctica de estas disposiciones también ha suscitado inquietudes, en particular respecto de su conformidad con el artículo 70 de la Convención de Viena, así como para arbitrajes bajo los auspicios del CIADI, con la prohibición del artículo 25(1) del Convenio de Washington a las partes contendientes de retirar unilateralmente el consentimiento otorgado para someter una controversia a arbitraje²¹.

EL DICTAMEN 1/17 Y LA COMPATIBILIDAD DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CETA

El fallo *Achmea* llevó a considerar que no solo los TBI intraeuropeos se verían afectados por este fallo, sino también los TBI extraeuropeos²². La Comisión Europea se anticipó a este debate al afirmar que *Achmea* no afectaba los

Arbitration Blog (blog), 1 de diciembre del 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/01/the-eu-plurilateral-draft-termination-agreement-for-all-intra-eu-bits-an-end-of-the-post-achmea-saga-and-the-beginning-of-a-new-one/>.

²¹ Gustavo Duque Guarín, “The termination agreement of intra-EU bilateral investment treaties: a spaghetti-bowl with fewer ingredients and more questions”, *Journal of International Arbitration* 37, n.º 6 (2020): 797-826.

²² Quentin Declève, “Achmea: consequences on applicable law and ISDS clauses in extra-EU BITS and future EU trade and investment agreements”, *European Papers* 4, n.º 1 (2019): 99-108.

TBI suscritos con Estados terceros a la UE²³. Se preveía que esta discusión se terminaría con el pronunciamiento del TJUE respecto de la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias del CETA, suscrito entre la UE y Canadá, en el marco de una solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica²⁴. En el Dictamen 1/17 del 30 de abril del 2019, el TJUE señaló que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del CETA era compatible con el derecho de la UE. Conviene recordar que el CETA tiene una particularidad que lo diferencia de la mayoría de los 3284 acuerdos internacionales de inversión suscritos a la fecha²⁵: la creación de un tribunal y de un Tribunal de Apelación, previstos para funcionar mientras se crea el Tribunal Multilateral sobre Inversiones, con un mecanismo de apelación conexo²⁶.

En el Dictamen 1/17, el TJUE consideró que el mecanismo no vulneraba el orden de competencias fijado por los tratados de la UE ni la autonomía del sistema jurídico de la UE, por dos razones principales. La primera es que, a pesar de no pertenecer al sistema judicial de la UE, los tribunales del CETA no están facultados para interpretar o aplicar disposiciones del derecho de la UE distintas a las del CETA, ni para dictar laudos que puedan tener como efecto impedir que las instituciones de la UE actúen conforme al marco constitucional de esta. Al respecto, es de gran importancia el siguiente aparte, que se refiere expresamente al caso *Achmea*:

El capítulo ocho, sección F, del CETA se diferencia también del acuerdo de inversión controvertido en el asunto en el que se dictó la sentencia de 6 de marzo del 2018, *Achmea* (C284/16, EU:C:2018:158), puesto que, como indicó el Tribunal de Justicia en los apartados 42, 55 y 56 de dicha sentencia,

²³ European Commission, “Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments. Questions and answers, Memo”, 19 de julio del 2018, https://europa.eu/newsroom/content/commission-provides-guidance-protection-cross-border-eu-investments-%E2%80%93-questions-and-answers_en

²⁴ Nikos Lavranos y Tania Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated”, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 16, n.º 6 (2018): 348-357; Center for International Environmental Law (CIEL), “Implications of Achmea: How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries”, *Center for International Environmental Law (CIEL)* (blog), abril del 2018, <https://www.ciel.org/reports/implications-of-achmea/>; Robert-Cuendet, “L’arrêt Achmea”.

²⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2020* (Nueva York: United Nations Publications, 2020), 19.

²⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito por la Unión Europea y Canadá, 2016, arts. 8.27 y 8.28.

ese acuerdo establecía un tribunal que habría de resolver litigios que pudieran tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión²⁷.

Para el TJUE, el CETA no solo no atribuye a los tribunales ninguna competencia para interpretar o aplicar el derecho de la UE, sino que tampoco configura su competencia de modo que puedan dictar laudos que impidan que las instituciones de la UE actúen conforme a su marco constitucional. Es importante tener en cuenta el artículo 8.31 del CETA, respecto del derecho aplicable por los tribunales, que establece lo siguiente:

2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte²⁸.

No obstante, esta salvaguarda parece perder alcance teniendo en cuenta que el mismo CETA, respecto de su Tribunal de Apelación, establece que este puede operar en caso de errores en la apreciación del derecho nacional de cada Estado, lo que le da la facultad de interpretar y aplicar el derecho de la UE (artículo 8.28, apartado 2).

La segunda razón, que incluye una cuestión nueva respecto del fallo *Achmea*, es que el CETA excluye la posibilidad de los tribunales de cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una parte en materia, en particular del nivel de protección del orden público, de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales, de la seguridad alimentaria, de los vegetales, del medio ambiente, del bienestar en el trabajo, de la seguridad de los productos, de los consumidores o incluso de los derechos fundamentales.

En efecto, el CETA contiene una cláusula que salvaguarda la capacidad regulatoria de las partes. Según el artículo 8.9:

²⁷ Tribunal de Justicia, Gran Sala, Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019, art. 126.

²⁸ Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito por la Unión Europea y Canadá, 2016.

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.

Igualmente, el artículo 28.3.2 contiene una lista de excepciones generales respecto de la aplicación de ciertos capítulos del acuerdo, entre los que se incluye el capítulo sobre inversiones, que buscan preservar la facultad de las partes de adoptar o hacer cumplir medidas encaminadas, entre otros, a proteger la seguridad pública y la moral pública, la salud y la vida de las personas y de los animales, a la preservación de los animales y, de manera general, al cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el acuerdo.

NUEVAS CONDICIONES PARA LA SUSCRIPCIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE SUS ESTADOS MIEMBROS

Después del fallo *Achmea* se llegó a plantear que, si se aplica el mismo examen de compatibilidad al que fue sometido el mecanismo de solución de controversias del TBI en ese caso, mecanismos de solución de controversias de TBI suscritos con terceros Estados por la UE o por sus Estados miembros también serían declarados incompatibles²⁹. En efecto, se puede afirmar que tribunales arbitrales establecidos en virtud de cláusulas de solución de controversias de TBI extraeuropeos, al igual que el TBI de *Achmea*, (1) no forman parte del sistema judicial de la UE, (2) podrían eventualmente decidir una disputa interpretando o aplicando el derecho de la UE sin poder presentar una cuestión

²⁹ Mauro Gatti, "Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?", *European Papers* 4, n.º 1 (2019): 109-121; Declève, "Achmea: consequences".

prejudicial ante el TJUE y (3) sus laudos no podrían ser objeto de revisión por parte de los tribunales y cortes nacionales de los Estados miembros³⁰.

La declaración de compatibilidad del mecanismo de solución de controversias del CETA del Dictamen 1/17 no obedeció entonces a que este hubiera superado el examen adoptado por el TJUE en el fallo *Achmea*, sino, más bien, al hecho de que el TJUE lo sometió a un examen distinto, justificado por el TJUE en que el principio de confianza mutua entre Estados miembros no tiene aplicación en las relaciones entre la UE y sus Estados miembros con Estados terceros³¹. Sin embargo, el Dictamen 1/17 no puede interpretarse como una autorización irrestricta de mecanismos de solución de controversias de TBI extraeuropeos. Así lo reconoció el TJUE al afirmar que:

Si la Unión celebrara un acuerdo internacional que pudiera tener como consecuencia que ella —o un Estado miembro en el marco de la ejecución del Derecho de la Unión— tuviera que modificar o retirar una normativa debido a la apreciación realizada por un tribunal que no pertenece a su sistema jurisdiccional acerca del nivel de protección de un interés público establecido, conforme al marco constitucional de la Unión, por las instituciones de esta, tal acuerdo comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional³².

En palabras de Kübek, en el Dictamen 1/17, “el TJUE estableció claros lineamientos sobre cómo la autonomía del sistema jurídico de la UE puede preservarse a través de una elaboración cuidadosa de los tratados de inversión”³³. Según Culot, “las consideraciones del Tribunal [...] se podrían interpretar como condiciones planteadas para que un mecanismo de solución de controversias no se desarrolle de manera contraria a la autonomía del orden jurídico de la Unión Europea”³⁴. De manera similar, para Hindelang sería contrario a la autonomía del derecho de la UE, tal como fue interpretado en el Dictamen 1/17, un escenario en el que un inversionista de un Estado tercero a la UE presente una demanda en contra de la UE o de uno de sus Estados miembros con base en una cláusula de solución de

³⁰ CIEL, “Implications of *Achmea*”.

³¹ Tribunal de Justicia, Gran Sala, Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019, párr. 129.

³² *Ibid.*, párr. 150.

³³ Gesa Kübek, “Autonomy and international investment agreements after Opinion 1/17”, *Europe and the World: A Law Review* (2020), 8.

³⁴ Henri Culot, “L’avis 1/17 de la Cour de Justice: la validation du CETA, mais sous conditions?”, *Journal de Droit Européen* 2019, n.º 8 (2019): 319.

controversias “pre-CETA”³⁵, esto es, que no tenga las salvaguardas jurisdiccionales y sustantivas previstas en este.

Las condiciones establecidas por el TJUE podrían afectar acuerdos internacionales de inversión suscritos por la UE, que es el escenario cubierto por el Dictamen 1/17, al igual que acuerdos suscritos por los Estados miembros con terceros Estados. A propósito de estos TBI, el Reglamento UE n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, “por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países”, establece que un Estado miembro recibirá autorización por parte de la Comisión Europea para celebrar o modificar un TBI con un Estado tercero siempre y cuando esto no plantee un conflicto con el derecho de la UE. A la luz de esto, los TBI extraeuropeos suscritos por Estados miembros anteriores al reglamento mencionado podrían tener que renegociarse, con el fin de cumplir la interpretación del derecho de la UE realizada en el Dictamen 1/17^[36].

Las condiciones que se pueden extraer del Dictamen 1/17 son dos. La primera es que los tribunales arbitrales convocados por los tratados no estén facultados para interpretar o aplicar disposiciones del derecho de la UE distintas a las del acuerdo internacional de inversión, ni para dictar laudos que puedan tener como efecto impedir que las instituciones de la UE actúen conforme al marco constitucional de esta. Aunque la enunciación de esta condición es clara, su contenido puede no serlo. Por ejemplo, en el Dictamen 1/17, el TJUE estableció, respecto del artículo 8.31, que permite que los tribunales tengan en cuenta el derecho interno en la determinación de la compatibilidad de una medida con el tratado, y que ello no afectaba la compatibilidad del tratado con el derecho de la UE, debido a que este especificaba que, en ese caso, lo podía tener en cuenta solo como cuestión de hecho³⁷. Sin embargo, en la práctica serían los tribunales quienes interpretarían estos hechos, los cuales, en muchas ocasiones, pueden ser “hechos muy jurídicos”³⁸.

Un tribunal arbitral podría referirse a la interpretación o a la aplicación del derecho de la UE, llegando a considerar incluso que este o la implementación de este por un Estado miembro es contraria al TBI cuando la cláusula

³⁵ Steffen Hindelang, “The Price for a Seat at the ISDS Reform Table—CJEU’s Clearance of the EU’s Investment Protection Policy in Opinion 1/17 and Its Impact on the EU Constitutional Order”, *SSRN Scholarly Paper*, 3 de marzo del 2020, 17.

³⁶ Kübek, “Autonomy and international investment”, 14.

³⁷ Tribunal de Justicia, Gran Sala, Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019, párr. 131.

³⁸ Culot, “L’avis 1/17 de la Cour de Justice”, 319.

jurisdiccional de este prevea que entre el derecho aplicable por el tribunal se incluye el derecho nacional del Estado parte en la controversia. En caso de que el TBI aplicable guarde silencio respecto del derecho aplicable, se debe distinguir entre tribunales institucionales CIADI o tribunales arbitrales *ad hoc*, que en la mayoría de las ocasiones operarían bajo el procedimiento del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés). En el caso de tribunales CIADI, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 del Convenio del CIADI, el tribunal debe aplicar, en caso de silencio del TBI respecto del derecho aplicable, junto con el derecho internacional que sea aplicable, las normas del derecho nacional del Estado parte de la controversia³⁹, lo que incluye el derecho de la UE. En el caso de tribunales *ad hoc*, el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL autoriza a los tribunales a aplicar el derecho del Estado parte de la controversia, en caso de que considere que este es el más apropiado⁴⁰.

La segunda condición es que el acuerdo internacional de inversión excluya la posibilidad de que los tribunales cuestionen las opciones elegidas democráticamente por un Estado, por ejemplo, en materia de protección del orden público, seguridad pública, moral pública, salud y vida de personas y animales, seguridad alimentaria, vegetales, del medio ambiente, de los consumidores o de los derechos fundamentales. Sin embargo, queda el interrogante de qué (o cuántas) disposiciones debe contener un tratado para superar el umbral establecido por el TJUE con el fin de preservar la capacidad regulatoria de los Estados, ni qué disposiciones omitidas implicarían una incompatibilidad.

Es importante señalar que el alcance dado aquí al Dictamen 1/17 respecto de TBI extraeuropeos no necesariamente es el predominante. Por ejemplo, Catherine Titi menciona que las decisiones del TJUE no pueden

³⁹ CIADI, Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, cuyo artículo 42 establece: "(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. *A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.* (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*" (énfasis añadido).

⁴⁰ UNCITRAL, Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (revisado en 2010), 2011, cuyo artículo 35(1) establece: "El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada".

afectar de forma negativa los más de mil tratados ya suscritos entre Estados miembros de la UE y otros Estados, teniendo en cuenta que, de ser así, se afectaría la seguridad jurídica y el Estado de derecho, que son pilares del ordenamiento jurídico de la UE. Por esta razón, sería inconcebible que el TJUE aceptase una interpretación de sus decisiones en ese sentido⁴¹.

LOS TBI FIRMADOS POR COLOMBIA CON ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL DICTAMEN 1/17

Teniendo en cuenta estas dos condiciones, conviene revisar si los TBI suscritos por Colombia⁴² con España (2005) y Francia (2014) podrían sufrir de una incompatibilidad sobreviniente con el derecho de la UE, generando un escenario en el cual un inversionista colombiano no podría hacer efectivo un laudo arbitral contra alguno de estos Estados. El ejercicio es particularmente enriquecedor si se tiene en cuenta que, como se explicará con mayor detalle en la siguiente sección de este capítulo, el principio de reciprocidad se encuentra reconocido por la Constitución colombiana y debe ser considerado por la Corte Constitucional al momento de analizar la constitucionalidad de cualquier tratado internacional.

⁴¹ Catharine Titi, “Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court”, en *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019 (oup)*, editado por Lisa Sachs y Lise Johnson. Inédito.

⁴² Se excluye del análisis al TBI Colombia-Reino Unido, debido al *brexít* y, en concreto, a la finalización el 30 de diciembre del 2020 del periodo de transición previsto en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea, fecha en la que las obligaciones y los derechos del Reino Unido bajo el derecho de la UE terminaron. En cualquier caso, es importante especificar que el TJUE sigue teniendo jurisdicción sobre el Reino Unido en determinadas circunstancias. Por ejemplo, según el artículo 86(1) del Acuerdo de Retirada, el TJUE conservará jurisdicción sobre cualquier caso pendiente ante el TJUE antes de la finalización del periodo de transición. De igual modo, según el artículo 87, la Comisión Europea puede iniciar procedimientos de infracción durante los cuatro años siguientes a la finalización del periodo de transición por vulneraciones del derecho de la UE que haya ocurrido durante este periodo. Adicionalmente, en la actualidad, hay un procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea en contra del Reino Unido por no suscribir el acuerdo para la terminación de los TBI intraeuropeos. Véase “Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community”, 19 de octubre del 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840655/Agreement_on_the_withdrawal_of_the_United_Kingdom_of_Great_Britain_and_Northern_Ireland_from_the_European_Union_and_the_European_Atomic_Energy_Community.pdf. Valga aclarar que tampoco se analiza el TBI Colombia-Suiza (2006), debido a que este Estado forma parte de la Asociación Europea de Libre Comercio y no de la UE.

En el caso del TBI con España, se trata del tratado de este tipo vigente de mayor antigüedad y forma parte de los llamados acuerdos de primera generación. Este tratado permite que el tribunal aplique el derecho español. Específicamente, el artículo 10.11 del TBI con España establece que “el arbitraje se basará en [...] el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión”⁴³. Si la inversión es colombiana y ese territorio es el español, bien podría un tribunal arbitral interpretar y aplicar el derecho de la UE. Respecto a la inclusión de cláusulas que salvaguarden la capacidad regulatoria del Estado demandado y contenga excepciones en ese sentido, el artículo 10.7 establece unas excepciones respecto de las medidas adoptadas para mantener la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera del sector financiero⁴⁴.

En cuanto al TBI con Francia, este prevé en el artículo 15.16 que “el tribunal no será competente para pronunciarse sobre la legalidad de la medida en derecho interno”⁴⁵. Sin embargo, el artículo 16 del TBI con Francia afirma que, cuando leyes internas o el derecho internacional ofrezcan un mejor trato al inversionista de otros países, estas deben aplicársele a inversionistas colombianos y franceses o británicos, según el caso:

Cuando las leyes de una de las Partes Contratantes, o las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo, contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, estas disposiciones aplicarán en la medida en que sean más favorables.

⁴³ Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones, Bogotá, 31 de marzo del 2005, art. 10.11.

⁴⁴ *Ibid.* El artículo 10.7 establece lo siguiente: “Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una reclamación a arbitraje por un inversionista de una de las Partes Contratantes, la otra Parte Contratante podrá solicitar a las autoridades financieras de las Partes Contratantes que se consulten mutuamente si el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe sobre el sector financiero. Las consultas se llevarán a cabo durante 120 días. Si las autoridades de ambas Partes Contratantes consideran que el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe, se excluirá la responsabilidad de la Parte Contratante que sea parte en la controversia. Para los efectos de este apartado, se entiende por medidas prudenciales sobre el sector financiero aquellas que se adoptan para el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras”.

⁴⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y la Protección Recíprocos de Inversiones, Bogotá, 10 de julio del 2014.

Lo anterior implicaría una excepción para que el tribunal interprete el derecho de la UE con el fin de establecer si las condiciones de la existencia de una situación de trato más favorable que el previsto en el respectivo tratado se reúnen.

Respecto a la salvaguarda de la capacidad regulatoria del Estado, el TBI con Francia señala en su preámbulo que este tratado en ningún momento afecta la capacidad regulatoria de los Estados⁴⁶. Adicionalmente, el artículo 9.º preserva la capacidad regulatoria en materia de diversidad cultural y lingüística; el artículo 10.º, en materia de medio ambiente, salud y derechos laborales; y el artículo 14, en materia de orden público, paz y seguridad internacionales. De igual forma, el artículo 6 contiene excepciones específicas frente a la determinación de si una medida constituye una expropiación indirecta, indicando que se excluyen de dicha calificación las medidas “diseñadas para proteger objetivos legítimos de política pública, tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente”.

De acuerdo con lo anterior, en el caso del TBI con España, de forma más clara, y en el caso del TBI con Francia, de una manera más sutil, existe un margen de posibilidad de que el respectivo mecanismo de solución de controversias llegue a ser incompatible con el derecho de la UE. En el caso específico de España, es importante aclarar que en la actualidad está en curso la negociación de un nuevo TBI que podría superar estas dificultades⁴⁷. También serían incompatibles con el derecho de la UE futuros TBI que no cumplan con las dos condiciones que surgen a partir del Dictamen 1/17.

Esto podría tener importantes consecuencias en arbitrajes *ad hoc* o institucionales no CIADI que operen bajo reglamentos de arbitraje como el de la UNCITRAL o el de la Cámara de Comercio Internacional. El reconocimiento y ejecución de los laudos de estos arbitrajes está sometido a la Convención de Nueva York, de la cual forman parte todos los Estados miembros de la UE. Por el contrario, no se verían afectados, al menos en principio, los arbitrajes que operen en aplicación del Convenio del CIADI, puesto que, según

⁴⁶ *Ibid.* El texto del preámbulo se establece lo siguiente: “El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa, mencionados en lo sucesivo como las Partes Contratantes, Deseosos de fortalecer la cooperación económica entre ambos estados y de crear condiciones favorables para las inversiones francesas en Colombia y las inversiones colombianas en Francia, sin afectar la potestad regulatoria de cada Parte Contratante y con el objeto de proteger los objetivos legítimos de políticas públicas. Convencidos de que el fomento y la protección recíprocos de estas inversiones logrará estimular la transferencia de capital y tecnología entre ambos países en interés de su expansión económica, han convenido lo siguiente”.

⁴⁷ “Colombia y España con nueva ruta para invertir”, *Portafolio*, 22 de noviembre del 2018, <https://www.portafolio.co/economia/colombia-y-espana-con-nueva-ruta-para-invertir-523683>.

su artículo 54, los Estados parte del Convenio deben ejecutar los laudos como si se tratara de decisiones de tribunales nacionales y, en consecuencia, no están sujetos al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

El riesgo respecto de arbitrajes no CIADI es que inversionistas colombianos encuentren obstáculos para la ejecución de laudos proferidos en contra de Estados miembros de la UE, ya sea España, Francia o cualquier otro Estado miembro con el que Colombia suscriba un TBI a futuro, debido a la eventual incompatibilidad de las respectivas cláusulas de solución de controversias con el derecho de la UE. También es posible que los Estados miembros objeten la jurisdicción de los tribunales arbitrales, elevando objeciones similares a la objeción *Achmea*. Los tribunales arbitrales no CIADI, a pesar de no estar sujetos al derecho de la UE ni a las decisiones del TJUE, tendrían interés en considerar posibles incompatibilidades de la cláusula de arbitraje con el derecho de la UE, teniendo en cuenta que una de sus principales tareas es proferir un laudo que sea ejecutable, en especial en el lugar donde se encuentren activos del Estado defensor.

En ese sentido, el reconocimiento y la ejecución en Estados miembros de la UE de laudos arbitrales proferidos en arbitrajes *ad hoc* o institucionales no CIADI podrían denegarse con base en la invalidez de la cláusula de arbitraje o la contrariedad al orden público del Estado en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución. Por un lado, la Convención de Nueva York prevé, en el artículo v(1)(a), que es un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de un laudo la invalidez del acuerdo de arbitraje bajo la ley a la cual lo sometieron las partes o, en su defecto, la ley de la sede del arbitraje, lo que ocurriría si la sede se encuentra en un Estado miembro de la UE. Conviene recordar que la invalidez del acuerdo de arbitraje en virtud del Código de Procedimiento Civil alemán fue el fundamento de la decisión de la Corte Federal Suprema Alemana de anular el laudo de *Achmea* luego de la decisión del TJUE. Por otro lado, la incompatibilidad de un laudo con el principio de autonomía de la UE es, en efecto, una violación del orden público del Estado miembro de la UE sede del arbitraje y, en consecuencia, un motivo de no reconocimiento y ejecución del laudo⁴⁸.

⁴⁸ Aliz Káposznyák, "Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention", en *Balkan Yearbook of European and International Law* 2019, editado por Zlatan Meškić et al. (Cham: Springer International Publishing, 2020), 69-89; Julian Scheu y Petyo Nikolov, "The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea", *Arbitration International* 36, n.º 2 (2020): 253-274; Robert-Cuendet, "L'arrêt Achmea", 997.

Por esta razón, si un inversionista colombiano solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo en un tribunal nacional de un Estado miembro de la UE, el Estado defensor podría, según el caso, oponerse con base en dos motivos de denegación: (1) porque el acuerdo de arbitraje es inválido en virtud de la ley del Estado en el que se profirió el laudo, si este es un Estado miembro; o (2) porque el reconocimiento y ejecución es contrario al orden público del Estado miembro donde se presenta la solicitud. Si el inversionista colombiano solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo en un tribunal nacional de un Estado que no es miembro de la UE, el Estado defensor podría oponerse únicamente en virtud del primer motivo de denegación.

La principal diferencia entre las demandas presentadas por inversionistas de Estados miembros de la UE contra Colombia respecto de demandas de inversionistas colombianos contra Estados miembros de la UE es que los primeros no verían obstaculizada la ejecución de un laudo en su favor en Colombia, como sí verían obstaculizada los segundos la ejecución de un laudo en su favor, en particular en la UE. Lo anterior teniendo en cuenta que, como se ha reiterado, este se basaría en una cláusula arbitral potencialmente incompatible con el derecho de la UE.

EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Con el fin de analizar si, en efecto, el principio de reciprocidad se puede ver afectado por la eventual posibilidad de que un inversionista colombiano no pueda hacer efectivo un laudo en contra de un Estado miembro de la UE, conviene resaltar el alcance y la relevancia de este principio a la luz del derecho internacional, por un lado, y del derecho constitucional colombiano, por el otro.

En derecho internacional, la reciprocidad se considera un principio básico y fundamental de las relaciones internacionales. Como lo afirman Parisi y Ghei, la cooperación impulsada por la reciprocidad ofrece posibilidades de mayores beneficios para los actores del derecho internacional en comparación con estrategias conflictivas⁴⁹. A pesar de que existen distintas aceptaciones de la reciprocidad —procesal y sustancial, o estructural,

⁴⁹ Francesco Parisi y Nita Ghei, "The role of reciprocity in international law", *Cornell International Law Journal* 36, n.º 1 (2003): 119.

inducida y estocástica, según la distinción de Parisi y Ghei⁵⁰—, una definición generalista la formula como “la concesión mutua de ventajas o privilegios para los efectos de relaciones comerciales o diplomáticas”⁵¹.

El principio de reciprocidad, que está estrictamente ligado a los principios de buena fe, igualdad entre Estados y *pacta sunt servanda*, encuentra su expresión más clara en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 21(1)(2), que establece que una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en un tratado “modificara en la misma medida esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva”.

La competencia de los tribunales internacionales suele estar guiada por consideraciones de reciprocidad. El caso más claro es el de la Corte Internacional de Justicia, cuyo estatuto prevé, en el artículo 36(2), que la competencia de la Corte se limita a casos en los que ambas partes hayan aceptado “la misma obligación”. En el caso de *Ciertos empréstitos noruegos*, la Corte Internacional de Justicia estableció que Noruega tenía derecho, con base en la condición de reciprocidad, a invocar la reserva jurisdiccional que había presentado Francia en su declaración de aceptación de competencia de la Corte, en la que establecía que esta no aplicaba en asuntos que el Estado francés consideraba exclusivos de la jurisdicción nacional. En consecuencia, la Corte permitió que Noruega alegara que la controversia estaba excluida de la competencia de la Corte, por cuanto Noruega afirmaba que se trataba de un asunto que era competencia de su jurisdicción nacional⁵².

El carácter fundamental del principio de reciprocidad en el derecho internacional es acentuado en las relaciones bilaterales, pues en estas se crean obligaciones directas para las partes⁵³ y las consideraciones *quid pro quo* son frecuentes⁵⁴. Esto es particularmente cierto en los TBI o, como suelen titularse de manera oficial, acuerdos para la promoción y protección recíprocos de inversiones (APPRI).

En lo que respecta a la Constitución Política de Colombia, el principio de reciprocidad se encuentra en los artículos 150 (numeral 16), 226 y 227. La Corte Constitucional ha explicado el alcance de la reciprocidad en el ejercicio del control constitucional de tratados internacionales de distinta

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Bryan A. Garner, ed., *Black Law Dictionary* (St. Paul: Thomson/West, 2004), 1298.

⁵² *Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega)*, caso CIJ, 6 de julio de 1957.

⁵³ Fard, “Is reciprocity a foundation of international law or whether international law creates reciprocity?” (tesis doctoral, Aberystwyth University, 2014), 12. <http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.606508>.

⁵⁴ Parisi y Ghei, “The role of reciprocity in international law”, 120.

naturaleza. La reciprocidad ha sido definida por la Corte Constitucional, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, como “la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro, en el curso de las relaciones internacionales” y cuya existencia “puede derivarse de la valoración del derecho interno de otro Estado a objeto de verificar un trato recíproco del otro Estado”⁵⁵.

En la Sentencia C-492 de 1998, la Corte destacó del TLC Colombia-Malasia (1995) que “las obligaciones que se imponen las partes son recíprocas y no traen una condición desfavorable o inequitativa para ninguna de ellos, con lo que se cumplen principios fundamentales del derecho internacional”⁵⁶. La Corte ha reiterado que, para determinar el cumplimiento de los principios de equidad y reciprocidad, no se debe adelantar un control aislado de las cláusulas convencionales, sino que se debe examinar cada disposición en conjunto con el tratado⁵⁷. Adicionalmente, la Corte ha considerado que la reciprocidad, “además de vertida en tratados internacionales, puede derivarse de la valoración del derecho interno de otro Estado a objeto de verificar un trato recíproco”⁵⁸.

Por otra parte, en la Sentencia C-157 del 2016, la Corte consideró que, en materia de inversión extranjera, la reciprocidad exigía que “no debería dársele a los inversionistas extranjeros un trato más favorable a aquel que les otorga el derecho interno de sus países de origen”⁵⁹. El magistrado Alejandro Linares aclaró el voto en esta sentencia y explicó:

Sobre el particular, la Constitución acoge el principio de reciprocidad sin realizar ninguna distinción entre sus formas. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional han reconocido la existencia del principio de reciprocidad sin ligarlo necesariamente a los tratados internacionales, como ocurre en el caso de la reciprocidad legislativa. Por esta razón, el principio general del derecho que se debe seguir en la aplicación de la reciprocidad por parte de esta Corte *no se debe limitar a una verificación de tratados internacionales, sino que debe igualmente abarcar un análisis de*

⁵⁵ C. Const., Sent. C-893, dic. 2/2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁶ C. Const., Sent. C-492, sep. 15/1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁷ C. Const., Sent. C-750, jul. 24/2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-446, jul. 8/2009, M.P. Mauricio González Cuervo; C. Const., Sent. C-667, sep. 10/2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, C. Const., Sent. C-049, feb. 11/2015, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

⁵⁸ C. Const., Sent. C-893 del 2009.

⁵⁹ C. Const., Sent., C-157, abr. 6/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*existencia de reciprocidad legislativa, con el fin de lograr así iguales condiciones entre nacionales y extranjeros de los distintos Estados [énfasis añadido]*⁶⁰.

De igual modo, en la Sentencia C-383 del 2008, la Corte encontró que el convenio contra la doble imposición suscrito entre España y Colombia se ajustaba al principio de reciprocidad, ya que: (1) los ciudadanos de ambos Estados cuentan con “los mismos privilegios, ventajas y facilidades, especialmente las conducentes a evitar la doble imposición con ocasión de actividades económicas que adelanten”, y (2) “las autoridades de ambos países tienen iguales obligaciones, ventajas y prerrogativas para facilitar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos que el tratado les confiere”⁶¹. En la Sentencia C-049 del 2015, en la que se realizó el control constitucional del convenio contra la doble imposición suscrito entre Colombia y República Checa, la Corte precisó que la reciprocidad no exigía identidad de cláusulas aplicables a las partes ni trato igualitario entre estas, sino la asunción de obligaciones de cada Estado “que resultan de la dinámica propia de la negociación que se muestran como equivalentes o que estabilizan las ventajas que pueda tener una de las partes”⁶².

En cualquier caso, la Corte ha considerado que, en relación con la equidad y la reciprocidad, “solo podrán ser declaradas inexecutable cláusulas (...) únicamente en casos donde, de manera manifiesta y grosera, vulneren la Constitución”⁶³. De igual manera, la Corte ha dejado claro que la valoración de si un tratado vulnera el trato recíproco “corresponde al jefe de Estado como director supremo de las relaciones internacionales”⁶⁴.

LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y EL IMPACTO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es necesario alertar sobre la importancia de que la Corte Constitucional, en la etapa de control constitucional de TBI firmados con Estados miembros de la UE, se detenga a analizar los efectos del fallo *Achmea* y del Dictamen 1/17. La discusión del posible impacto del fallo *Achmea* para Colombia fue

⁶⁰ *Ibid.*, aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

⁶¹ C. Const., Sent., C-383, abr. 23/2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶² C. Const., Sent., C-049 del 2015.

⁶³ C. Const., Sent., C-750 del 2008, apartado 4.2.5.

⁶⁴ C. Const., Sent., C-383 del 2008.

puesta a consideración de la Corte Constitucional tanto en la etapa escrita como en la audiencia pública realizada el 13 de diciembre del 2019, en el marco del procedimiento de control constitucional del TBI Colombia-Francia, suscrito en el 2014, y de su ley aprobatoria. En estas intervenciones se puso de presente ante la Corte la nueva posición del TJUE y el efecto que esta decisión podía tener frente “a la posibilidad de que un inversionista colombiano pudiera hacer efectiva la protección del APPRI en Francia”⁶⁵.

Aunque en la Sentencia C-252 del 2019, que declaró la exequibilidad del TBI Colombia-Francia, se condicionó la constitucionalidad del tratado a la suscripción de declaraciones interpretativas respecto de ciertas cláusulas, la Corte Constitucional no hizo referencia al impacto del fallo *Achmea* respecto del principio de reciprocidad consagrado por la Constitución de 1991. La única referencia al impacto del caso *Achmea* fue hecha por el magistrado ponente Carlos Bernal, quien en su aclaración de voto afirmó:

Esta discusión tiene especial relevancia constitucional para efectos de determinar si esta cláusula es compatible con los principios de equidad y reciprocidad de las relaciones internacionales (art. 226 de la CP). Esto es así, por cuanto estos principios podrían resultar comprometidos si, en la práctica, dicha cláusula resultara válida y surtiera efectos para que los inversionistas franceses puedan someter sus diferencias con el Estado colombiano ante los tribunales internacionales de inversiones y las decisiones de estos órganos puedan hacerse efectivas, pero, en el caso de los inversionistas colombianos que pretendan someter sus diferencias con el Estado francés ante tales órganos, dicha cláusula se reputara inválida y no surtiera efectos o, incluso, si las decisiones emitidas por estos tribunales no pudieran hacerse efectivas por ser incompatibles con el derecho de la comunidad europea⁶⁶.

En este capítulo se ha planteado que las nuevas condiciones para la compatibilidad de TBI extraeuropeos con el derecho de la UE puede llevar a que TBI suscritos por Colombia con Estados miembros de la UE no sean compatibles con el derecho de la UE. A su vez, esto puede llegar a afectar ya sea la competencia de los tribunales arbitrales constituidos para resolver controversias suscitadas por inversionistas colombianos, ya sea la ejecución

⁶⁵ Enrique Prieto-Ríos, “Intervención escrita. Proceso de control de constitucionalidad de la Ley 1840 del 12 de julio del 2017. Ref: Auto 707 del 2018/OPC-268/18”, Exp. LAT-445, 4 de diciembre del 2018, 4, <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas.php>.

⁶⁶ C. Const., Sent. C-252 del 2019, aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido, apartado 6.

de laudos proferidos por estos. Como se puede observar, se plantean escenarios que se encuentran en el ámbito no de la certeza ni de la probabilidad, sino de la posibilidad.

Sin embargo, de concretarse esta posibilidad, se trataría de una vulneración manifiesta del principio de reciprocidad a nivel internacional, que tendría importantes efectos jurídicos en el plano constitucional. De esta manera, la posibilidad de un inversionista de someter una controversia al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto por los TBI es la vía preferente que se le ofrece a este para concretar las disposiciones sustantivas que lo protegen y buscar reparación y compensación en caso de considerar que han sido vulneradas. La posibilidad de ejecutar estos laudos en los distintos Estados, en caso de que no estén sometidos al Convenio del CIADI, es inseparable de esta posibilidad. Que los inversionistas de una parte encuentren mayores obstáculos para la ejecución de un laudo que los inversionistas de la otra parte debe considerarse una afectación del principio de reciprocidad en TBI.

Ahora bien, ¿qué implicaciones debe tener esto en el control de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional sobre los TBI? Justamente porque nos encontramos en un escenario de posibilidad y porque la jurisprudencia prevé un amplio margen de deferencia a la Rama Ejecutiva en la determinación de las consecuencias que debe tener en la negociación de un tratado la eventual vulneración del principio de reciprocidad, una declaratoria de inexequibilidad sería probablemente excesiva. No obstante, existen elementos suficientes para que la Corte confirme la necesidad de abandonar el estándar de control de constitucionalidad leve de TBI que había caracterizado a la jurisprudencia antes del 2019 y preserve el estándar más estricto que adoptó en la Sentencia C-252 del 2019, que sometió el TBI Colombia-Francia a un test de razonabilidad. En particular, el análisis de una afectación de la reciprocidad es estrictamente jurídico y excluiría la consideración de cuestiones de oportunidad y conveniencia política, que son de consideración exclusiva del Poder Ejecutivo.

CONCLUSIÓN

El fallo *Achmea* del TJUE sirvió para sentar la discusión en torno a la validez de TBI con el derecho de la UE y, en particular, como precedente del Dictamen 1/7 del TJUE, el cual estableció condiciones para la compatibilidad de TBI extraeuropeos con la normatividad de la UE que podrían tener importantes consecuencias en la ejecución de laudos arbitrales de tribunales de inversión.

Teniendo en cuenta los criterios determinados por el Dictamen 1/7, se puede señalar que, para que un TBI con un tercer Estado sea compatible con la normatividad de la UE y un laudo emitido por un tribunal constituido bajo la sombrilla de un TBI no tenga inconvenientes en su ejecución, se deben garantizar los siguientes elementos:

- Que los tribunales no tengan la facultad en sus decisiones de interpretar o aplicar el derecho de la UE.
- Que el acuerdo prevea cláusulas que salvaguarden la capacidad regulatoria del Estado demandado.

Tal como fue analizado en este capítulo, los TBI firmados por Colombia con España y Francia no cumplen en su totalidad con estas condiciones, razón por la cual los laudos que se profieran en el marco de procedimientos arbitrales que no se rijan por el Convenio del CIADI y que involucren a un Estado de la UE pueden tener inconvenientes para su ejecución.

Aunque la Corte Constitucional, en su Sentencia C-252 del 2019, no se pronunció sobre el asunto, el llamado que se hace es para que, en futuras ocasiones en las que la Corte tenga que estudiar la constitucionalidad de un TBI con un Estado de la UE, se realice un análisis profundo y estricto respecto de la posible vulneración del principio de reciprocidad, teniendo en cuenta que los inversionistas colombianos podrán encontrar dificultades para hacer efectivo un laudo arbitral en alguno de los Estados miembros de la UE. Esto coloca a los inversionistas colombianos en desventaja frente a los inversionistas españoles o franceses.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros, 30 de octubre del 2016.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y la Protección Recíprocos de Inversiones, Bogotá, 10 de julio del 2014.
- Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones, Bogotá, 31 de marzo del 2005.
- “Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community”, 19 de octubre del 2019. <https://assets.publishing.service>.

gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840655/Agreement_on_the_withdrawal_of_the_United_Kingdom_of_Great_Britain_and_Northern_Ireland_from_the_European_Union_and_the_European_Atomic_Energy_Community.pdf

Bray, Devin y Surya Kapoor. “Agreement on the Termination of Intra-EU BITS: Sunset in Stone?”. *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de noviembre del 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>.

Center for International Environmental Law (CIEL). “Implications of Achmea: How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries”. *Center for International Environmental Law* (blog), abril del 2018. <https://www.ciel.org/reports/implications-of-achmea/>.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington D.C., 18 de marzo de 1965.

Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega). Caso CIJ, 6 de julio de 1957.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *World Investment Report 2020*. Nueva York: United Nations Publications, 2020.

“Colombia y España con nueva ruta para invertir”. *Portafolio*, 22 de noviembre del 2018. <https://www.portafolio.co/economia/colombia-y-espana-con-nueva-ruta-para-invertir-523683>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL). Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (revisado en 2010), Nueva York, 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-049, 11 de febrero del 2015. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

— Sentencia C-157, 6 de abril del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

— Sentencia C-383, 23 de abril del 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

— Sentencia C-446, 8 de julio del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

— Sentencia C-492, 15 de septiembre de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

— Sentencia C-667, 10 de septiembre del 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

— Sentencia C-750, 24 de julio del 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

— Sentencia C-893, 13 de febrero del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

— Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Culot, Henri. “L’avis 1/17 de la Cour de Justice: la validation du CETA, mais sous conditions?”. *Journal de Droit Européen* 2019, n.º 8 (2019): 318-320. <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:220437>.

- Declève, Quentin. "Achmea: consequences on applicable law and ISDS clauses in extra-EU BITs and future EU Trade and investment agreements". *European Papers* 4, n.º 1 (2019): 99-108.
- Duque Guarín, Gustavo. "The termination agreement of intra-EU bilateral investment treaties: a spaghetti-bowl with fewer ingredients and more questions". *Journal of International Arbitration* 37, n.º 6 (2020): 797-826. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/37.6/JOIA2020038>.
- Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*. Caso ICSID n.º ARB/15/50, decisión sobre la solicitud de terminación y la objeción intra-EU, 7 de mayo del 2019.
- European Commission. Acuerdo para la Terminación de Tratados Bilaterales de Inversión Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia y España, 5 de mayo del 2020. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf.
- "Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments. Questions and answers, Memo", 19 de julio del 2018. https://europa.eu/newsroom/content/commission-provides-guidance-protection-cross-border-eu-investments-%E2%80%93-questions-and-answers_en
- "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. COM (2018) 547 final", 19 de julio del 2017.
- Fard, Shahrhad Nasrolahi. "Is reciprocity a foundation of international law or whether international law creates reciprocity?". Tesis doctoral, Aberystwyth University, 2014. <http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.606508>.
- Foreign Affairs, Foreign Trade and Development Cooperation, Kingdom of Belgium. "Belgium requests an opinion on the intra-European application of the arbitration provisions of the future modernised Energy Charter Treaty", 3 de diciembre del 2020. https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_application_arbitration_provisions.
- Garner, Bryan A., ed. *Black Law Dictionary*. St. Paul: Thomson/West, 2004.
- Gatti, Mauro. "Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?". *European Papers* 4, n.º 1 (2019): 109-121.
- Halonen, Laura. "Termination of Intra-EU BITs: Commission and Most Member States Testing the Principle of Good Faith under International Law". *Kluwer*

- Arbitration Blog* (blog), 13 de mayo del 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/13/termination-of-intra-eu-bits-commission-and-most-member-states-testing-the-principle-of-good-faith-under-international-law/>.
- Hindelang, Steffen. "The Price for a Seat at the ISDS Reform Table-cJEU's Clearance of the EU's Investment Protection Policy in Opinion 1/17 and Its Impact on the EU Constitutional Order". *SSRN Scholarly Paper*, 3 de marzo del 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3548204>.
- Káposznyák, Aliz. "Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention". En *Balkan Yearbook of European and International Law 2019*, editado por Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović y Enis Omerović, 69-89. Cham: Springer International Publishing, 2020. https://doi.org/10.1007/16247_2019_5.
- Kübek, Gesa. "Autonomy and international investment agreements after Opinion 1/17". *Europe and the World: A Law Review*, 29 de septiembre del 2020. <https://doi.org/10.14324/111.444.ewlj.2020.27>.
- Lavranos, Nikos. "The EU Plurilateral Draft Termination Agreement for All Intra-EU BITS: An End of the Post-Achmea Saga and the Beginning of a New One". *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 1.º de diciembre del 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/01/the-eu-plurilateral-draft-termination-agreement-for-all-intra-eu-bits-an-end-of-the-post-achmea-saga-and-the-beginning-of-a-new-one/>.
- Lavranos, Nikos y Tania Singla. "Achmea: Groundbreaking or Overrated". *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 16, n.º 6 (2018): 348-357.
- Lowther, Jake. "Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision". *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 5 de mayo del 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/05/keeping-intra-eu-isds-alive-the-supreme-court-of-sweden-requests-preliminary-ruling-from-the-cjeu-on-validity-of-arbitration-agreement-in-light-of-achmea-decision/>.
- Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus*. Caso ICSID n.º ARB/13/27, laudo, 26 de julio del 2018.
- Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. Caso ICSID n.º ARB/14/1, laudo 16 de mayo del 2019.
- Parisi, Francesco y Nita Ghei. "The role of reciprocity in international law". *Cornell International Law Journal* 36, n.º 1 (2003): 93-124.
- PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*. Caso SCC n.º v 2014/163, 28 de agosto del 2017.

- Prieto-Ríos, Enrique. "Intervención escrita. Proceso de control de constitucionalidad de la Ley 1840 del 12 de julio del 2017. Ref: Auto 707 del 2018/OPC-268/18". Exp. LAT-445. Corte Constitucional de Colombia, Secretaría, 4 de diciembre del 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas.php>.
- Robert-Cuendet, Sabrina. "L'arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea: la fin des TBI européens?". *European Papers* 3, n.º 2 (2018): 993-1004. <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/arret-dans-affaire-achmea-la-fin-des-tbi-europeens>.
- Scheu, Julian y Petyo Nikolov. "The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea". *Arbitration International* 36, n.º 2 (2020): 253-274. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiaa016>.
- Tití, Catharine. "Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court". En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019 (OUP)*, editado por Lisa Sachs y Lise Johnson. Inédito. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3530875>.
- Tribunal de Justicia, Gran Sala. Sentencia-Asunto C-284/16 Achmea, 6 de marzo del 2018.
- Tribunal de Justicia, Gran Sala. Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019.
- Tribunal de Justicia, Gran Sala. Sentencia-Asunto C-741/19 Komstroy LLC, 2 de septiembre del 2021.
- Tribunal de Justicia, Gran Sala. Sentencia-Asunto C-109/20 PL Holdings, 16 de octubre del 2021.
- UP (formerly *Le Chèque Déjeuner*) and CD Holding Internationale v. Hungary. Caso ICSID n.º ARB/13/35, laudo, 9 de octubre del 2018.
- Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany. Caso ICSID n.º ARB/12/12, decisión del asunto de Achmea, 31 de agosto del 2018.

El principio de igualdad constitucional y los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado*

Laura María Amorocho Rojas

INTRODUCCIÓN

En junio del 2019, la Corte Constitucional ejerció el control de constitucionalidad del acuerdo internacional de inversiones (AII) entre la República de Colombia y la República Francesa, a través de la Sentencia C-252 del 2019^[1]. Esta decisión es de gran importancia, ya que introduce un cambio de paradigma constitucional². En primer lugar, la Corte hace más estricto el estándar de revisión del control de constitucionalidad de los AII. En segundo lugar, dicho giro sentó las bases de hacer una referencia trasversal y directa del principio de igualdad en el contexto del control de constitucionalidad material de los AII, lo cual, a su vez, aplica a los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado (MSCIE).

Este texto no se concentra en el primer cambio de paradigma; sin embargo, se resaltan algunas consideraciones al respecto. Tal como lo menciona Tamayo-Álvarez, la importancia de la Sentencia C-252 del 2019 es que la Corte Constitucional articuló un estándar de revisión más estricto en

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.586>

¹ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido. Mediante esta sentencia se realizó la revisión constitucional del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en Bogotá, el 10 de julio del 2014, y de su ley aprobatoria, la Ley 1840 del 12 de julio del 2017.

² Rafael Tamayo-Álvarez, "Constitutionality of The Colombia-France Bilateral Investment Treaty. Judgment C-252/2019", *The American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 472.

el control de constitucionalidad de los AII³. A su juicio, la Corte consideró que el control de constitucionalidad de los AII era una oportunidad para complementar la toma de decisiones por parte de la Rama Ejecutiva, sin que esta significase una intervención en las competencias de esta para manejar los asuntos de política exterior⁴. La Corte Constitucional materializó este estándar de revisión más estricto a través de: (1) un juicio de razonabilidad y (2) un examen de compatibilidad con el principio de igualdad⁵.

Por un lado, en la primera parte del control de constitucionalidad material del AII Colombia-Francia, la Corte incorporó un juicio de razonabilidad que se compone de dos fases: (1) verificar que las finalidades globales y cada una de las cláusulas del AII sean constitucionalmente legítimas y (2) comprobar que la integridad del AII (es decir, el AII tanto en sentido general como específico de cada una de sus cláusulas) sean idóneas para alcanzar estos fines⁶. Este juicio lo sustentó principalmente en el mandato constitucional de la Corte y la deferencia que tienen las ramas Ejecutiva y Legislativa frente a la evaluación de la “conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia” de los tratados internacionales⁷.

En la primera fase del juicio de razonabilidad, la Corte concluyó que el AII Colombia-Francia estaba encaminado a seguir fines constitucionalmente legítimos⁸. La Corte evidenció que el AII se orientaba a fortalecer la cooperación económica de los Estados parte del AII, crear condiciones favorables para la inversión y preservar la autonomía regulatoria de los Estados para alcanzar objetivos de interés público. Al respecto, afirmó que

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 65; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 472.

⁷ “Este juicio de razonabilidad se funda en las siguientes premisas: (a) el control de constitucionalidad implica ‘comparar las disposiciones del instrumento internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las normas previstas en el ordenamiento superior’, incluido, por supuesto, el artículo 226 constitucional; (b) la Constitución Política defiere principalmente a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la ‘conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia’ de los tratados internacionales; por lo tanto, en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los mismos y (c) la Corte debe examinar el contenido del tratado y salvaguardar ‘los derechos fundamentales, el orden público [y] la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho’, así como ‘los mandatos, valores y principios que aseguran la vigencia del Estado social’”. C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 65.

⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 93-100; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473.

estas finalidades eran legítimas porque perseguían objetivos constitucionales: seguridad jurídica, internacionalización de la economía colombiana y desarrollo económico.

En la segunda fase, la Corte advirtió que la integridad del AII Colombia-Francia era idónea para alcanzar dichos objetivos legítimos⁹. En particular, la Corte consideró que cuatro elementos en conjunto eran suficientes para demostrar la idoneidad del AII: (1) no existe evidencia empírica que sustente el vínculo de causalidad entre firmar AII y la atracción de la inversión extranjera directa; (2) el Gobierno demostró la importancia de la inversión francesa en la economía colombiana; y (3) el carácter deferente que goza la toma de decisiones por parte de la Rama Ejecutiva¹⁰.

Posteriormente, aun cuando se había concluido que el AII Colombia-Francia superó el juicio de razonabilidad, la Corte pasó a examinar la compatibilidad del AII con el principio de igualdad. En particular, la Corte analizó si el AII garantiza la igualdad de trato a los inversionistas nacionales en Colombia frente a los inversionistas extranjeros franceses en Colombia¹¹.

Al respecto, con fundamento en desarrollos recientes del derecho constitucional y el derecho internacional de inversiones, la Corte señaló que el AII Colombia-Francia sí resulta un trato discriminatorio en contra de los inversionistas nacionales en Colombia, por no contar con una protección sustantiva derivada del AII¹²; por lo tanto, condiciona la constitucionalidad del AII, “bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales”¹³. En consecuencia, le ordenó al gobierno que, si desea ratificar el AII debe adoptar una declaración interpretativa en la que se introduzca esta interpretación¹⁴. Así mismo, excluyó de este análisis a los MSCIE.

⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 108; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473.

¹⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 102-108; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473.

¹¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 113; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473.

¹² C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 113; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473.

¹³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 120; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 473-474.

¹⁴ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 122; Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France BIT”, 474.

Este texto se concentra en el análisis de compatibilidad de los MSCIE y critica este desarrollo. Se afirma que la argumentación desarrollada por la Corte en la aplicación del principio de igualdad en el control de constitucionalidad material erró por ser inconsistente y carecer de una metodología más estructurada. Por ello, en primer lugar, se exponen los antecedentes de la Sentencia C-252 del 2019 en materia de aplicación del principio de igualdad en el control de constitucionalidad material de los MSCIE. En segundo lugar, se describe el análisis que desarrolla la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019 frente a la valoración de principio de igualdad del control de constitucionalidad material de los MSCIE. Por último, se hace una crítica a la Sentencia C-252 del 2019; se argumenta que el análisis es inconsistente y carece de una metodología más estructurada, por lo que se propone una estructura analítica que responda a esta necesidad, la cual pueda ser implementada por la Corte Constitucional en el futuro.

ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA C-252 DEL 2019: UNA APLICACIÓN PAULATINA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS MSCIE

Como se demuestra a continuación, el análisis de igualdad efectuado por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de los MSCIE del AII Colombia-Francia fue el resultado de un desarrollo paulatino, el cual consistió en integrar el derecho a la igualdad en el análisis de constitucionalidad de los MSCIE. Dicho proceso se enmarcó en cuatro etapas principales, las cuales se caracterizan por tener un desarrollo progresivo y creciente: (1) inadvertencia del principio de igualdad en el control de constitucionalidad material de los MSCIE; (2) surgimiento de la aplicación del principio de constitucionalidad en el contexto de discusión de constitucionalidad de los MSCIE; (3) aplicación implícita del principio de igualdad en materia de los MSCIE; y (4) aplicación directa del principio de igualdad en materia de los MSCIE.

Primera etapa: inadvertencia del principio de igualdad en el control de constitucionalidad material de los MSCIE

La primera etapa se caracteriza por: (1) no distinguir el examen de control de constitucionalidad material en sentido general y particular; (2) no abordar el principio de igualdad como un criterio relevante de análisis en la

compatibilidad general del AII ni la compatibilidad específica de los MSCIE; y (3) exponer las razones de constitucionalidad de los MSCIE.

Frente a la segunda característica, debe resaltarse que, si bien para la Corte Constitucional parece no ser relevante el análisis de los MSCIE a la luz del principio de igualdad, sí tiene en cuenta el principio de igualdad en: (1) el ámbito de aplicación del AII en cuestión; (2) los estándares de “trato nacional” y “nación más favorecida”; y (3) la prohibición de expropiación sin compensación.

Por un lado, frente a las obligaciones de “trato nacional” y “nación más favorecida” señaló que estas desarrollan el principio de igualdad. Por otro lado, frente a la prohibición de expropiación sin compensación, la Corte indicó que viola el principio de igualdad porque, para ese momento, el artículo 58 de la Constitución facultaba al Legislador para determinar los casos en los que frente a una expropiación no debe darse el pago de indemnización. Debe mencionarse que, en esta etapa, estas sentencias fueron promulgadas antes del Acto Legislativo 1.º de 1999 que reformó el artículo 58 de la Constitución Política. Sin embargo, después de esta reforma, la Corte cambió su posición e indicó que ya no se violaba el principio a la igualdad.

Por último, respecto de las consideraciones específicas de la constitucionalidad de los MSCIE, la Corte recalcó que son constitucionales porque: (1) someter las diferencias relativas a la ejecución, interpretación y aplicación del AII a estos mecanismos desarrolla el principio de resolución pacífica de conflictos; (2) es un mecanismo de desconcentración de la administración de justicia y alternativo de resolución de conflictos; (3) además, por su naturaleza especializada, promueve la internacionalización de las relaciones económicas de Colombia dentro del contexto internacional¹⁵.

¹⁵ C. Const., Sent. C-358, ago. 14/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, consideraciones de los arts. 9.º y 10.º (“mecanismos de resolución de controversias”) del AII Reino Unido-Colombia; C. Const., Sent. C-494, feb17/1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, consideraciones de los arts. x y xi (“resolución de controversias”) del AII España-Colombia; C. Const., Sent. C-294, abr. 23/2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, consideraciones de los arts. ix, x y xi (“solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante”; “solución de controversias entre las partes contratantes”; y “consultas”) del AII Chile-Colombia.

En esta etapa se identifica el examen de control de constitucionalidad de los AII con Reino Unido 1 (1996)¹⁶, España 1 (1998)¹⁷ y Chile (2002)¹⁸.

Segunda etapa: surgimiento de la aplicación del principio de constitucionalidad en el contexto de discusión de constitucionalidad de los MSCIE

La segunda etapa se caracteriza por ser un espacio en el que surge y se incorpora el principio de igualdad en el debate de constitucionalidad de los MSCIE. En esta etapa: (1) se distingue con mayor facilidad el control de constitucionalidad material en sentido general y en sentido específico; (2) se mantienen las consideraciones de constitucionalidad de los MSCIE; (3) no se analiza de manera explícita la compatibilidad del tratado, de forma integral, y los MSCIE, en particular, con el principio de igualdad; y (4) surge y se incorpora el principio de igualdad en la discusión del control de constitucionalidad de los MSCIE a través de algunos salvamentos de voto e intervenciones públicas.

Por un lado, frente a la constitucionalidad general del AII, se indica que estos son mecanismos constitucionales debido a que se tratan de herramientas que sirven para la integración internacional de los Estados y estrechan los lazos comerciales. Además, que se basan en la igualdad de los Estados parte y la reciprocidad, y que las obligaciones de “trato nacional” y “nación más favorecida” son una manifestación del principio de igualdad.

Por otro lado, respecto de la constitucionalidad particular de los MSCIE, se reiteran las principales consideraciones de la etapa anterior¹⁹. La Corte reafirmó que son mecanismos constitucionales porque: (1) buscan la reso-

¹⁶ C. Const., Sent. C-358 de 1996. Mediante la cual realiza la revisión constitucional del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se Promueven y Protegen las Inversiones, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y de la Ley 246 de 1995, que lo aprueba.

¹⁷ C. Const., Sent. C-494 de 1998. Mediante la cual realiza la revisión constitucional del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Bogotá, el 9 de junio de 1995 y de la Ley 437 de 1998, que lo aprueba.

¹⁸ C. Const., Sent. C-294 del 2002. Mediante la cual se realiza la revisión constitucional del Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y su protocolo, hechos en Cartagena de Indias, el 22 de enero del 2000, y sus canjes de notas aclaratorias, de 22 de enero del 2000, y de 9 y 30 de marzo del 2000, y de su ley aprobatoria, la Ley 672 del 2001.

¹⁹ C. Const., Sent. C-309, may. 3/2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideraciones del art. 10 (“controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante”) del AII España-Colombia 2.

lución pacífica de los conflictos a través de la desconcentración de la administración de justicia; (2) son mecanismos alternativos de solución de controversias en materias conciliables; (3) someten las controversias de inversión ante un tribunal especializado, lo cual puede ser más conveniente y pacífico; (4) buscan garantizar las relaciones internacionales conforme al artículo 226 de la Constitución Política; (5) en cualquier caso, el laudo que profiera el tribunal internacional será ejecutado conforme a la ley interna, es decir, bajo el procedimiento del *exequatur*; (6) los procedimientos garantizan el principio de imparcialidad y los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, en condición de igualdad de las partes en disputa; y (7) anteriormente el Convenio del CIADI fue declarado constitucional.

Así mismo, en esta etapa comenzaron a surgir los primeros argumentos que cuestionan la constitucionalidad de los MSCIE. En particular, se señala la cláusula y doctrina Calvo²⁰ y algunos cuestionamientos sobre el principio de igualdad. Por un lado, la cláusula Calvo es señalada en el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-309 del 2007; allí se afirma que la esencia de la cláusula Calvo es que el inversionista extranjero agote los recursos internos antes de acudir ante una instancia internacional, lo cual, a su juicio, se sustenta en el principio de soberanía estatal, y se señala en el artículo 15 de la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA) y en el artículo VII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá). Así mismo, en una de las intervenciones durante la audiencia pública del AII Estados Unidos-Colombia se advierte que los MSCIE vulneran la doctrina Calvo, la cual está consagrada en el artículo 15 de la Carta de la OEA²¹.

Por otro lado, frente a las primeras críticas relacionadas con la igualdad, se resalta de nuevo el salvamento de voto a la Sentencia C-309 del 2007 del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. En esta decisión, Sierra Porto argumenta que el AII España-Colombia (2005) establece un término

²⁰ Esto se señala en el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, C. Const., Sent. C-309 del 2007, y en las intervenciones en la audiencia de constitucionalidad del AII Colombia-Estados Unidos, C. Const., Sent. C-750, jul. 24/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ “El artículo 21.3 del Acuerdo vulnera el artículo 9 superior, porque contradice la doctrina Calvo, según la cual ‘la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros’ (artículo 15 de la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA)”. Por su parte, los artículos 21.6 y sucesivos como otros (sección B del Capítulo Diez, artículo 10.16, artículo 10.17), excluyen la jurisdicción nacional y, por consiguiente, vulneran la doctrina Calvo”. C. Const., Sent. C-750 del 2008.

de caducidad a favor del inversionista extranjero, que resulta en trato diferente en contra de los nacionales. Dicho trato diferente consiste en que el inversionista cuenta con un término de tres años para presentar ante la jurisdicción contenciosa una reclamación por pérdidas o daños sufridos y para “atacar la validez del acto administrativo”; mientras que el nacional cuenta con un término de caducidad de dos años para presentar una acción de reparación directa y de cuatro meses para atacar la validez del acto administrativo²². Así, considera que este trato diferente vulnera el principio de igualdad, en relación con el acceso a la administración de justicia interna, por no fundarse en algún “motivo admisible constitucionalmente”; de esta forma, el “el tratado internacional termina privilegiando en detrimento del nacional”²³.

Así mismo, en la aclaración voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la Sentencia C-150 del 2017, se señala que la aceptación de los tribunales de arbitramento como regla general para la solución de disputas que surjan del AII Suiza-Colombia puede afectar la igualdad entre las partes porque suele favorecer los intereses económicos de grupos económicos²⁴.

En esta etapa se identifica el examen del control de constitucionalidad de los AII con España 2 (2006)²⁵, Estados Unidos (2008)²⁶, Suiza (2006)²⁷, el Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) (2008)²⁸, Chile 2

²² C. Const., Sent. C-309 del 2007, salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ *Ibid.*

²⁴ C. Const., Sent. C-150, mar. 11/2009, M.P. Mauricio González Cuervo, aclaración de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ C. Const., Sent. C-309 del 2007, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho y firmado en Bogotá, el 31 de marzo del 2005, y su ley aprobatoria, la Ley 1069 del 2001.

²⁶ C. Const., Sent. C-750 del 2008, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington, el 22 de noviembre del 2006, y de su ley aprobatoria, la Ley 1143 del 2007.

²⁷ C. Const., Sent. C-150 del 2009, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones y su protocolo, celebrado el 17 de mayo del 2006 en Berna (Suiza), y de su ley aprobatoria, la Ley 1198 del 2008.

²⁸ C. Const., Sent. C-446, jul 8/2009, M.P. Mauricio González Cuervo, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, hecho y firmado en Medellín, Colombia, el 9 de agosto del 2007, y de su ley aprobatoria, la Ley 1241 del 2008.

(2008)²⁹, Perú 2 (2007)³⁰, Canadá (2010)³¹, China (2012)³², India (2009)³³, Japón (2011)³⁴, la Alianza del Pacífico (2014)³⁵ y Costa Rica (2015)³⁶.

Tercera etapa: aplicación implícita del principio de igualdad en materia de los MSCIE

La tercera etapa se caracteriza por aplicar de forma implícita el principio de igualdad en el contexto de los MSCIE. En esta etapa: (1) se distingue un

²⁹ C. Const., Sent. C-031, ene. 28/2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993, suscrito en Santiago, Chile, el 27 de noviembre del 2006, y de su ley aprobatoria, la Ley 1189 del 2008.

³⁰ C. Const., Sent. C-377, may. 19/2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito en Lima, Perú, el 11 de diciembre del 2007, y de su ley aprobatoria, la Ley 1342 del 2009.

³¹ C. Const., Sent. C-608, ago. 3/2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre del 2008, y el canje de notas entre Canadá y Colombia del 20 de febrero del 2009, “por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, y de su ley aprobatoria, la Ley 1363 del 2009.

³² C. Const., Sent. C-199, mar. 14/2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular de China, firmado en Lima, Perú, el 22 de noviembre del 2008, y de su ley aprobatoria, la Ley 1462 del 2011.

³³ C. Const., Sent. C-123, feb. 22/2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Colombia y la República de la India, firmado en la ciudad de Nueva Delhi, el día 10 de noviembre del 2009, y de su ley aprobatoria, la Ley 1449 del 2011.

³⁴ C. Const., Sent. C-286, may. 13/2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversión, suscrito en Tokio, Japón, el 12 de septiembre del 2011, y de su ley aprobatoria, la Ley 1720 del 2014.

³⁵ C. Const., Sent. C-620, abr. 6/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, Colombia, el 22 de mayo del 2013, y de su ley aprobatoria, la Ley 1763 del 2015.

³⁶ C. Const., Sent. C-620, sep. 30/2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo Comercial de la Alianza del Pacífico, celebrado con Perú, Chile y México, suscrito el 10 de febrero del 2014, y de su ley aprobatoria, la Ley 1746 del 2014.

análisis de la constitucionalidad del AII, en sentido general, y de los MSCIE, en particular; (2) se reiteran las consideraciones sobre la constitucionalidad general del AII; (3) se reitera que los MSCIE son constitucionales en tanto son una vía alterna de solución pacífica, que tiene la finalidad de facilitar la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas del país; y (4) a diferencia de la etapa anterior, la Corte Constitucional aborda el principio de igualdad de forma implícita en el análisis particular de los MSCIE.

Este es el caso de la sentencia de control de constitucionalidad del AII con Reino Unido 2 (2010)³⁷. En esta decisión, al momento de analizar el control de constitucionalidad material-particular de los MSCIE, el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-309 del 2007 (AII España-Colombia) hace referencia de forma explícita al argumento de que el AII España-Colombia viola el principio a la igualdad por establecer un término de caducidad a favor del inversionista, el cual resulta en un trato diferente en relación con acceso a la justicia, lo que genera un detrimento a los nacionales y no se justifica por ningún motivo constitucionalmente admisible.

Al respecto, la Corte señala que “en la medida en que esta disposición [los MSCIE] tiene como propósito fundamental la resolución pacífica de los conflictos, resulta coherente con los postulados constitucionales”³⁸. Por lo tanto, a pesar de que no se hace una mención explícita, se deduce que, para la Corte, el trato diferente que otorga los MSCIE se encuentra por un fin constitucionalmente válido: la resolución pacífica de conflicto. En ese sentido, se puede deducir que los MSCIE no vulneran el principio a la igualdad, porque el trato diferente no es de carácter discriminatorio.

³⁷ C. Const., Sent. C-169, mar. 7/2012, M.P. María Victoria Calle Correa, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, elaborado en Bogotá, el 17 de marzo del 2010, y el “Entendimiento sobre el trato justo y equitativo en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia”, firmado por los jefes negociadores de ambas partes y anexada a las minutas de la última ronda de negociaciones en Londres, el 19 de mayo del 2009, y de su ley aprobatoria, la Ley 1464 del 2011.

³⁸ *Ibid.*

Cuarta etapa: aplicación directa del principio de igualdad en materia de los MSCIE

La cuarta etapa se caracteriza por aplicar de forma directa el principio de igualdad frente a la constitucionalidad a nivel particular de los MSCIE. En esta etapa: (1) se distingue un análisis de la constitucionalidad del AII, en sentido general, y de los MSCIE, en particular; (2) se reiteran las consideraciones sobre la constitucionalidad general del AII; (3) se reitera que los MSCIE son constitucionales en tanto son una vía alterna de solución pacífica que tiene la finalidad de facilitar la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas del país; y (4) a diferencia de la etapa anterior, la Corte Constitucional aborda el principio de igualdad de forma explícita en el análisis particular de los MSCIE. Frente a esto último, señala que los MSCIE no vulneran el principio a la igualdad de los inversionistas nacionales, debido a que, a pesar de otorgar un trato desigual, dicho trato no es discriminatorio.

Este es el caso de la sentencia de control de constitucionalidad del AII Corea-Colombia (2010)³⁹. En esta sentencia, por primera vez, la Corte Constitucional analizó si en los MSCIE se presenta un trato discriminatorio a favor de los inversionistas extranjeros y en contra de los inversionistas nacionales⁴⁰. Esto fue examinado a raíz de uno de los alegatos presentados por los intervinientes; según estos, el AII Corea-Colombia discrimina a los inversionistas colombianos en Colombia porque los inversionistas coreanos cuentan “con mecanismos expeditos para la resolución de los conflictos surgidos con el Estado colombiano”; mientras que “los inversionistas colombianos deben someterse a la jurisdicción nacional, que demanda mayor tiempo”⁴¹.

Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que los MSCIE “comportan un trato desigual pero no discriminatorio”⁴². En particular, señala que (1) si existe un trato diferente entre los inversionistas coreanos y los inversionistas nacionales en Colombia; (2) el trato diferente consiste en que el AII provee

³⁹ C. Const., Sent. C-184, abr. 14/2016, M.P. María Victoria Calle Correa, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero del 2013, y de su ley aprobatoria, la Ley 1747 del 2014.

⁴⁰ Este alegato fue presentado por la Central Unitaria de Trabajadores y la Confederación de Trabajadores de Colombia. C. Const., Sent. C-184 del 2016, nota al pie 201.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

de “mecanismos expeditos de resolución de conflictos sobre las inversiones realizadas por coreanos en nuestro país y para los colombianos que realicen inversiones en Corea”; sin embargo, advierte que dicho trato desigual no resulta en ser discriminatorio, porque es una medida que fue adoptada por el Legislador sobre una materia en la cual cuenta con una amplia libertad de configuración y busca una finalidad constitucional: permitir la integración económica y la facilitación del comercio⁴³.

Esta etapa es muy importante porque, como se mencionó, se aborda por primera vez el principio de igualdad en el contexto de la constitucionalidad de los MSCIE; no obstante, la Corte no es clara en explicar cuál es la metodología que utiliza para analizar la compatibilidad de los MSCIE con el principio de igualdad. Por la referencia a la libertad legislativa, parece que la Corte aplica el juicio de igualdad leve; sin embargo, se considera que este análisis se queda corto, en la medida en que la Corte Constitucional ha expresado que el juicio integrado de igualdad es la “aproximación más razonable” para valorar la constitucionalidad de una norma frente al principio de igualdad⁴⁴.

⁴³ “138. Por último, sobre el endilgado trato discriminatorio que, según algunos intervinientes, se presenta entre los nacionales coreanos y colombianos que realizan inversiones en Colombia, y que consiste en que aquellos —inversionistas coreanos— cuentan con mecanismos expeditos para la resolución de los conflictos surgidos con el Estado colombiano mientras que los inversionistas colombianos deben someterse a la jurisdicción nacional, que demanda mayor tiempo, se advierte que esas disposiciones comportan un trato desigual pero no discriminatorio. En efecto, se previeron mecanismos expeditos de resolución de conflictos sobre las inversiones realizadas por coreanos en nuestro país y para los colombianos que realicen inversiones en Corea, lo que evidencia un trato desigual que no revela discriminación, pues se trata de una medida adoptada por el Legislador, en una materia en la que cuenta con amplia libertad de configuración, que se limitó a las controversias surgidas en el marco de los acuerdos precisos de este capítulo y cuya finalidad no está prohibida constitucionalmente, en tanto que hace parte de las disposiciones que permiten la integración económica y la facilitación del comercio perseguidos con el acuerdo comercial. Sumado a lo anterior debe resaltarse que nada obsta para que en el marco de las relaciones comerciales que los colombianos tengan con el Estado pacten mecanismos de resolución de conflictos como los descritos. Pero, además, para esta Sala la demora en la solución de controversias en Colombia, se compensa con la facilidad de los colombianos de acceder, en su propio país y ante sus propias autoridades, a la jurisdicción local”. C. Const., Sent. C-184 del 2016.

⁴⁴ C. Const., Sent. C-104, mar. 2/2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, apartado 6.5.1.

TABLA 6.1. Reseña de la línea de tiempo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la aplicación del principio de igualdad en el arbitraje de inversiones

Etapa 1	Etapa 2	Etapa 3	Etapa 4
• No se analiza el principio de igualdad a nivel general ni específico respecto de la relación inversionista extranjero-nacional. • Se señala que la prohibición de expropiación sin compensación vulnera el principio de igualdad con fundamento en el artículo 58 de la Constitución antes de ser reformado por el Acto Legislativo 1.° de 1999. • Se señala que el arbitraje de inversiones es constitucional porque es un mecanismo de resolución pacífica de conflictos.	• Se distingue el control de constitucionalidad material en sentido amplio y específico. • No se analiza el principio de igualdad a nivel general ni específico respecto de la relación inversionista extranjero-nacional. • Comienzan a surgir los primeros cuestionamientos del principio a la igualdad en relación con el arbitraje de inversiones. • Se reitera que el arbitraje de inversiones es constitucional por ser un mecanismo alternativo de solución pacífica, el cual tiene la finalidad de facilitar la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas del país.	• No se analiza el principio de igualdad a nivel general. • Se reitera que el arbitraje de inversiones es constitucional por ser un mecanismo alternativo de solución pacífica, el tiene la finalidad de facilitar la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas del país. • Se refiere al principio de igualdad de forma implícita en el análisis particular del arbitraje de inversiones. Parece afirmar que no se vulnera el principio de igualdad, porque el trato diferente se encuentra justificado por ser un mecanismo de resolución pacífica de conflictos.	• No se analiza el principio de igualdad a nivel general. • Se refiere de forma explícita al principio de igualdad en el análisis particular de los mecanismos de solución de controversias; en particular, a la relación entre inversionistas extranjeros-nacionales. • Reconoce que los mecanismos de solución de controversias sí proveen un trato desigual a los inversionistas nacionales, pero dicho trato no es discriminatorio, porque es en el contexto de una materia de la cual el Legislador tiene una amplia configuración legislativa.
• AII con Reino Unido (1996), España 1 (1998) y Chile (2002).	• AII con España 2 (2006), Estados Unidos (2008), Suiza (2006), Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) (2008), Chile 2 (2008), Perú 2 (2007), Canadá (2010), China (2012), India (2009), Japón (2011), Alianza del Pacífico (2014) y Costa Rica (2015).	• AII con Reino Unido 2 (2010).	• AII con Corea (2010).

Fuente: elaboración propia.

SENTENCIA C-252 DEL 2019: UN CAMBIO DE PARADIGMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRINCIPIO DE IGUALDAD

Como se observó, la aplicación del principio de igualdad en el control de constitucionalidad de los MSCIE ha tenido un desarrollo paulatino. Así mismo, se observa que durante su evolución la Corte Constitucional ha reconocido de forma paulatina al inversionista nacional como un actor relevante en las discusiones sobre constitucionalidad de los AII. En las primeras sentencias, ni siquiera se tenía en cuenta el principio de igualdad en relación con los inversionistas extranjeros y nacionales; no obstante, a medida que pasaron los años, el tema sobre la discriminación de los inversionistas nacionales comenzó a aparecer en el debate sobre la constitucionalidad de los MSCIE. En un inicio, en los salvamentos de voto; luego, en las intervenciones presentadas por el público el general; después, como una referencia indirecta en las consideraciones de la Corte Constitucional; hasta que se mencionó de forma directa en las consideraciones de esta. Este último es el caso de la sentencia sobre el control de constitucionalidad de AII con Corea.

Se sostiene que la Sentencia C-252 del 2019 introdujo un cambio trascendental respecto a la incorporación del principio de igualdad en el análisis del control de constitucionalidad material de los AII. Por primera vez, la Corte incorporó de forma explícita y transversal el principio de igualdad en el control de constitucionalidad material del AII Colombia-Francia. En particular, la Corte valoró la compatibilidad del AII Colombia-Francia en las dos fases del control de constitucionalidad material: en el sentido general y en el sentido particular. Por un lado, respecto del sentido general, examinó la compatibilidad del AII Colombia-Francia y sus generalidades; por otro lado, en el sentido específico, la Corte examinó cada una de las cláusulas del AII.

Como se mencionó, el objetivo central de este texto es evaluar y criticar el control de constitucionalidad material de los MSCIE respecto del principio de igualdad desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019. Por lo tanto, se tendrán en cuenta las consideraciones de la Corte sobre la igualdad en: (1) el control de constitucionalidad material en sentido general del AII y (2) en el control de constitucionalidad material en sentido específico de los MSCIE.

Justificación de la metodología de análisis: las dos fases del control de constitucionalidad material son relevantes

Debe recalarse que, de acuerdo con el artículo 241-10 de la Constitución Política, la Corte Constitucional tiene la competencia para ejercer el control

de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias. Este control es de carácter previo a la aprobación de los tratados comerciales y de inversión y comprende un análisis de constitucionalidad de los aspectos tanto formales como materiales de tales instrumentos⁴⁵. Por un lado, respecto a los aspectos formales, el control de constitucionalidad de un tratado internacional y de su ley aprobatoria se lleva a cabo en tres fases: (1) la previa gubernamental; (2) el trámite del Congreso de la República; y (3) la sanción presidencial y el correspondiente envío de tales instrumentos a la Corte Constitucional⁴⁶.

Por otro lado, el control de constitucionalidad material del acuerdo es más complejo. En el análisis material, la Corte debe confrontar “la integridad del tratado internacional” y “su ley aprobatoria” (como objeto de estudio) con la “Constitución Política y los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto (como parámetro)”⁴⁷.

Para la Corte Constitucional, el análisis de “la integridad del tratado internacional y su ley aprobatoria” comprende un estudio a nivel general —la Corte estudia el “tratado en general” y sus finalidades— y otro a nivel particular —se estudia cada una de las disposiciones del tratado y su ley aprobatoria, sus anexos, pies de página y comunicaciones entre las partes—⁴⁸. Además, en el análisis particular, con fundamento en el artículo 2.º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte también analiza los demás instrumentos normativos, anexos y conexos, que tienen el propósito de darle algún sentido o alcance a lo pactado⁴⁹. Lo anterior

⁴⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019. A su vez, esto ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias C-582 del 2002, C-933 del 2006, C-534 del 2008, C-537 del 2008, C-039 del 2009, C-378 del 2009, C-047 del 2017, C-214 del 2017 y C-048 del 2018. “La Corte ha reiterado de manera uniforme que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias se caracteriza por ser: (i) *previo al perfeccionamiento del tratado*, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción Presidencial; (ii) *automático*, pues estos instrumentos normativos deben ser enviados a la Corte Constitucional por el Presidente de la República dentro de los 6 días siguientes a la sanción gubernamental; (iii) *integral*, puesto que el análisis de constitucionalidad abarca tanto los aspectos *formales* como los *materiales* de la ley y del tratado; (iv) *tiene fuerza de cosa juzgada absoluta*; (v) es un requisito *sine qua non* para la ratificación del Acuerdo y (vi) *tiene una función preventiva*, en tanto que su finalidad es garantizar la supremacía de la Constitución Política y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano”. C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 39.

⁴⁶ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 16.

⁴⁷ *Ibid.*, apartado 40.

⁴⁸ *Ibid.*, apartado 41.

⁴⁹ *Ibid.*, apartados 41-42.

se justifica porque los tratados internacionales, económicos o de inversión tienen la jerarquía de las leyes ordinarias⁵⁰.

Los MSCIE se encuentran en una de las disposiciones del AII, por lo cual, en principio, podría considerarse que, para analizar los elementos sobre la igualdad, solo es relevante las consideraciones del control de constitucionalidad material en sentido particular; en el caso bajo análisis, las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019 respecto al artículo 15. Sin embargo, considero que esta alternativa es incorrecta porque: (1) fracciona el análisis del control de constitucionalidad y (2) ignora que el análisis del control de constitucionalidad general aplica de forma transversal a cada una de las cláusulas (el sentido particular).

En efecto, para poder analizar el control de constitucionalidad material de los MSCIE respecto del principio de igualdad deben tenerse en cuenta las dos fases del control de constitucionalidad material: (1) el sentido general, es decir, contrastar el AII en general y sus finalidades con el principio de igualdad; y (2) a nivel particular, esto es, deben contrastarse los MSCIE con el principio de igualdad, pues, a pesar de que los MSCIE se encuentren en una de las disposiciones del tratado, para poder entender la aplicación del principio de igualdad también deben tenerse en cuenta las consideraciones que hizo la Corte a nivel general. De lo contrario, se estaría ignorando una parte del análisis que aplica de forma transversal a todas las disposiciones del AII y, por ende, a los MSCIE.

Debido a lo anterior, a continuación se sintetizan las consideraciones de la Corte Constitucional sobre la igualdad en: (1) el control de constitucionalidad material en sentido general del AII; y (2) en el control de constitucionalidad material en sentido específico de los MSCIE.

Control de constitucionalidad general: compatibilidad de la integridad del AII con el principio de igualdad

Frente a las consideraciones del principio de igualdad en el control de constitucionalidad material-general, la Corte Constitucional divide su análisis en dos etapas. En primer lugar, la Corte señala que del principio de igualdad se derivan dos mandatos constitucionales frente a los AII. En segundo lugar, la Corte verifica si el AII Colombia-Francia cumple con estos mandatos que se derivan del principio de igualdad.

⁵⁰ *Ibid.*, apartado 42.

Respecto a los mandatos, la Corte advierte que de los artículos 13 y 100 de la Constitución Política se desprenden dos mandatos constitucionales para las autoridades colombianas en relación con el sistema de inversiones⁵¹. Estos mandatos consisten en dar un trato igualitario y no discriminatorio a favor de: (1) los inversionistas y las inversiones que provengan de la otra parte (en este caso, de Francia), sin perjuicio de las excepciones previstas por el artículo 100 de la Constitución (*primer mandato*); y (2) los inversionistas y las inversiones nacionales (*segundo mandato*)⁵². Para la Corte, estos mandatos son relevantes en la discusión de garantía del derecho de igualdad.

La Corte Constitucional señala que el segundo mandato se encuentra en concordancia con los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones⁵³. La Corte afirma que, de acuerdo con estos desarrollos, es necesario que los AII también protejan al inversionista nacional. En ese sentido, las autoridades públicas, en el marco de la regulación y el tratamiento de la inversión, deben otorgar un trato no menos favorable que el concedido al inversionista extranjero⁵⁴.

Por otro lado, frente a las consideraciones de la compatibilidad del AII Colombia-Francia con el principio de igualdad, la Corte concluye que:

⁵¹ “Al respecto, la Corte advierte que de estos artículos se derivan, entre otros, dos mandatos constitucionales relevantes para el presente asunto. De un lado, un mandato a las autoridades públicas de dar un trato igualitario a los inversionistas y a ‘las inversiones que provengan de la otra parte’ y de no discriminación a favor del nacional y en contra del extranjero, sin perjuicio de las excepciones previstas por el artículo 100. De otro lado, la Corte resalta que de dichos artículos se deriva otro mandato constitucional dirigido a las autoridades públicas que consiste en tratar en condiciones de igualdad a todos los inversionistas y a todas las inversiones nacionales en Colombia respecto de los extranjeros y de no discriminación en contra de los inversionistas y las inversiones nacionales”. *Ibid.*, apartado 110.

⁵² “Es decir, en el marco de este control abstracto de constitucionalidad, la Corte debe examinar, entre otros, si los contenidos normativos del tratado garantizan la igualdad de trato al inversionista nacional y a sus inversiones en Colombia frente a los inversionistas y a las inversiones extranjeras en este país; o si, por el contrario, el tratado da lugar a que se concedan a los inversionistas y a las inversiones extranjeras tratos más favorables injustificados en desmedro de los inversionistas y las inversiones nacionales”. *Ibid.*, apartado 110.

⁵³ Respecto de los desarrollos recientes del derecho internacional de inversiones la Corte señaló: (i) el Trade Act (2002); (ii) la declaración interpretativa conjunta firmada por las partes del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros sobre que el acuerdo no dará lugar a tratos más favorables hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los inversionistas nacionales; y (iii) la decisión de constitucionalidad del CETA por parte del Consejo Constitucional Francés. *Ibid.*, apartados 115-117.

⁵⁴ *Ibid.*, apartado 114.

1. *El AII garantiza el derecho a la igualdad de los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas nacionales*: la Corte Constitucional concluyó que el AII Colombia-Francia, en términos generales, a través de sus cláusulas sustantivas, garantiza que los inversionistas y las inversiones extranjeras (en ese caso, franceses) no son discriminados⁵⁵, es decir, las cláusulas sustantivas del AII protegen al inversionista extranjero de recibir un trato igual al de los inversionistas nacionales. En ese sentido, está en armonía con el primer mandato⁵⁶.
2. *El AII no garantiza el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales frente a los inversionistas extranjeros*: la Corte Constitucional concluyó que ninguna disposición del AII garantiza el mandato de igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales en Colombia respecto del extranjero, así como la prohibición de discriminación en su contra⁵⁷; por ello, estima necesario declarar la constitucionalidad condicionada del AII y de su ley aprobatoria bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones sobre derechos sustantivos puede dar lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales⁵⁸.
3. *La obligación de garantizar el igualitario a los inversionistas nacionales respecto de los extranjeros aplica exclusivamente a las disposiciones sustantivas del AII, mas no a los MSCIE previstos en el AII*⁵⁹: la Corte Constitucional afirmó que el mandato de trato igualitario y no discriminación a favor de los inversionistas nacionales frente a los inversionistas extranjeros no aplica a las disposiciones procesales porque:
 - (i) el sistema de resolución de controversias exige un análisis de igualdad entre ambos inversionistas extranjeros en los países receptores de la inversión, (ii) se funda en el principio de reciprocidad y, en todo caso, (iii) se encuentra justificado en las finalidades globales de estos instrumentos⁶⁰.

⁵⁵ *Ibid.*, apartado 111.

⁵⁶ *Ibid.*, apartado 111.

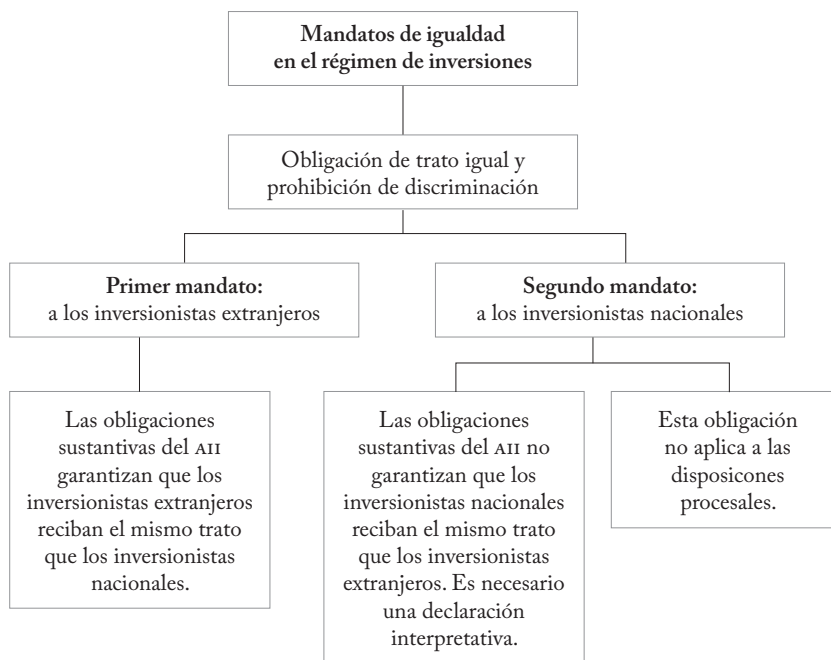
⁵⁷ *Ibid.*, apartado 112.

⁵⁸ *Ibid.*, apartado 120.

⁵⁹ *Ibid.*, apartado 119.

⁶⁰ *Ibid.*, apartado 119.

FIGURA 6.1. Resumen de las consideraciones de aplicación de la Corte Constitucional frente al derecho de igualdad



Fuente: elaboración propia.

Control de constitucionalidad particular: compatibilidad de los MSCIE con el principio de igualdad

Frente a las consideraciones de la compatibilidad del principio de igualdad con los MSCIE⁶¹, la Corte Constitucional desarrolló dos argumentos principales:

⁶¹ En el control de constitucionalidad particular de los MSCIE, la Corte Constitucional también reiteró las principales consideraciones de constitucionalidad de los MSCIE: (1) son mecanismos procesales adecuados y pacíficos para la solución de controversias relativas a la ejecución del AII; y (2) son compatibles con el deber de promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, previsto por el artículo 226 de la Constitución. *Ibid.*, apartado 373. Así mismo, señaló que desde la declaración de constitucionalidad de la Convención del CIADI, la Corte ha reiterado que someter “las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del Tratado a la jurisdicción del CIADI y a los tribunales de arbitramento, se ajusta a los postulados de la Constitución Política de Colombia”. *Ibid.*, apartado 376.

1. *La obligación de trato igual y la prohibición de discriminación no comprenden las disposiciones procesales del AII*⁶². La Corte Constitucional reitera las consideraciones expuestas en el control de constitucionalidad general. Así, afirma que el segundo mandato solo debe garantizarse para las disposiciones sustantivas previstas en los AII, debido a que:

(i) el sistema de resolución de controversias exige un análisis de igualdad entre ambos inversionistas extranjeros en los países receptores de la inversión; (ii) se funda en el principio de reciprocidad y, en todo caso, (iii) se encuentra justificado en las finalidades globales de estos instrumentos⁶³.

Frente a lo primero, tan solo recalca que respecto de los MSCIE el grupo comparable son los inversionistas extranjeros de ambos Estados parte del AII (en este caso, entre los inversionistas franceses en Colombia y los inversionistas colombianos en Francia).

2. *Los MSCIE no violan la igualdad entre los inversionistas extranjeros de ambos Estados parte del AII Colombia-Francia*. La Corte menciona que el numeral 4.° del artículo 15 del AII Colombia-Francia garantiza un trato igualitario a este grupo comparable, lo que a su vez se reitera la regla prevista en el numeral 5.°, según la cual el inversionista que cuenta con doble nacionalidad solo puede acudir a las cortes locales.

⁶² “La Corte también advierte que la regla prevista por este numeral es conforme con el artículo 13 de la CP. Lejos de lo sostenido por una interviniente, esta regla no vulnera el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales al otorgarle un trato privilegiado a los extranjeros. Esto, por cuanto, tal como lo señaló la ANDJE [Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado], el criterio de comparación aplicable a esta regla es el alcance de los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros de ambos Estados y, por tanto, los grupos comparables, a la luz de esta regla, son los inversionistas franceses en Colombia y los colombianos en Francia. Frente a este criterio de comparación y en relación con estos sujetos comparables, la Corte constata que el trato previsto por el numeral 4.° de este artículo es igualitario (art. 13 de la CP). A su vez, la Corte evidencia que justamente la regla prevista en el numeral 5.°, según la cual el inversionista que cuenta con doble nacionalidad solo puede acudir a las cortes locales, busca garantizar un apropiado uso de esta cláusula y, por tanto, evitar un eventual trato discriminatorio en contra del inversionista nacional que no tiene la referida doble nacionalidad. Por esta razón, esta regla también es conforme con la Constitución Política”. *Ibid.*, apartado 377.

⁶³ *Ibid.*, apartado 119.

CRÍTICA A LA SENTENCIA C-252 DEL 2019: DESACIERTOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD EN LOS MSCIE

Como se expuso, las consideraciones de la Corte Constitucional pueden resumirse en dos grandes argumentos:

1. Las obligaciones sustantivas del AII no pueden otorgar a los inversionistas extranjeros un trato más favorable que a los inversionistas nacionales; de lo contrario, se estaría vulnerando el segundo mandato de igualdad.
2. La regla de trato igual a los inversionistas nacionales no se aplica en el contexto del análisis de constitucionalidad particular de los MSCIE, ya que considera que, en ese caso, solo debe analizarse la igualdad entre los inversionistas extranjeros de los Estados parte del AII.

Al respecto, estas consideraciones tienen dos defectos sustanciales: (1) la Corte desconoce el carácter relacional del derecho de igualdad; y (2) la Corte separa los derechos sustanciales y procesales del derecho de igualdad.

Desconocimiento del carácter relacional del derecho a la igualdad

El error fundamental de la Corte Constitucional es desconocer el carácter relacional del derecho de igualdad. Este error se hace evidente cuando desarrolla los dos mandatos del principio de igualdad, pues estos no se sustentan en la precondition más importante de cualquier análisis del derecho de igualdad: determinar que los sujetos o situaciones en cuestión sean comparables. Sin embargo, este error no solo aparece en la Sentencia C-252 del 2019, sino también en la sentencia que evalúa la constitucionalidad del AII Colombia-Corea (Sentencia C-184 del 2016).

Por un lado, en la sentencia de constitucionalidad del AII Colombia-Corea, la Corte Constitucional se pregunta si los MSCIE resultan en un trato favorable a favor de los inversionistas coreanos y si dicho trato es discriminatorio para los inversionistas colombianos. Al respecto, la Corte reconoció que los MSCIE sí le otorgan un trato favorable a los inversionistas extranjeros (en ese caso, los inversionistas coreanos en Colombia); sin embargo, advirtió que este trato desigual no es discriminatorio, porque se justifica por un motivo constitucional: es sobre una materia de la cual el Legislador tiene una amplia configuración legislativa, esto es, limitar a las controversias que

surgen en el marco del capítulo de inversiones; además, tiene la finalidad de buscar “la integración económica y la facilitación del comercio perseguidos con el acuerdo comercial”⁶⁴. Por último, la Corte señaló que los colombianos tienen la facilidad de “acceder, en su propio país y ante sus propias autoridades, a la jurisdicción local”⁶⁵.

Como se mencionó, aunque no lo reconoció de forma explícita en la sentencia, la Corte parece desarrollar su argumentación con base en un test de igualdad leve u ordinario⁶⁶, ya que afirma que: (1) la Corte ha aplicado este test en casos donde se estudian materias de política internacional; (2) menciona que es sobre una materia de la cual el Legislador tiene una amplia configuración legislativa; y (3) advierte que los MSCIE tienen una finalidad legítima: la integración económica y la facilitación del comercio. Sin embargo, la Corte no analizó si los inversionistas extranjeros y nacionales son comparables; de hecho, parece asumir que sí lo son. Además, tampoco cuestionó qué implicaciones tiene utilizar la nacionalidad del inversionista como elemento diferenciador.

Por otro lado, en la sentencia de constitucionalidad del AII Colombia-Francia, la Corte repitió este error de forma más evidente. En un primer momento, en el análisis del control de constitucionalidad general, la Corte afirma que existen dos mandatos que se derivan del principio de igualdad. De acuerdo con el segundo mandato, los inversionistas nacionales deben recibir el mismo trato que los inversionistas extranjeros frente a las cláusulas sustanciales del AII. Al respecto, sin entrar a discutir esta división artificial entre las cláusulas sustantivas y las procesales, la Corte parece asumir

⁶⁴ C. Const., Sent. C-184 del 2016.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional: “Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la ‘presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas’. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión”. C. Const., Sent. C-015, ene. 23/2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

nuevamente que los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales en Colombia son comparables y, por tanto, se debe otorgar el derecho de recibir el mismo trato.

Por el contrario, en un segundo momento, en el análisis del control de constitucionalidad particular sobre los MSCIE, la Corte asumió lo contrario. Así, señala que los MSCIE no violan el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales, porque el criterio de comparación es entre los inversionistas extranjeros de ambos Estados (en ese caso, entre los inversionistas franceses en Colombia y los inversionistas colombianos en Francia)⁶⁷. En efecto, a diferencia de lo planteado en el análisis de control de constitucionalidad material (y sin tener en cuenta la división entre cláusulas sustantivas y procesales), para el caso específico de los MSCIE, la Corte asumió que los inversionistas extranjeros en Colombia y los inversionistas nacionales en Colombia no pueden compararse, es decir, la única unidad analítica relevante es entre los inversionistas extranjeros de los Estados parte, frente a lo cual la Corte señala que se garantiza el derecho a la igualdad⁶⁸.

En síntesis, las consideraciones de la Corte sobre el control de constitucionalidad material-particular de los MSCIE en el AII Colombia-Francia se divide en dos partes: (1) entre los inversionistas extranjeros de ambos Estados parte del AII Colombia-Francia; y (2) entre los inversionistas extranjeros en un Estado receptor y los inversionistas nacionales de ese Estado. Frente a la primera parte, la Corte señala que no se vulnera el principio a la igualdad porque se otorga un trato igualitario⁶⁹; por otro lado, frente a lo segundo, la Corte parece argumentar que no puede violarse el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales porque ni siquiera se pueden comparar a los inversionistas extranjeros, es decir, la Corte concluye su análisis de igualdad, porque parece aceptar que los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros no son de la misma naturaleza. Esto es evidentemente contradictorio frente a lo que se afirmó en el control de constitucionalidad general, en especial al explicar y aplicar los mandatos de igualdad.

Las sentencias de constitucionalidad del AII Colombia-Corea y del AII Colombia-Francia ilustran un error fundamental: la Corte no analiza el criterio de comparación a profundidad. Como consecuencia de ese error, en la Sentencia C-252 del 2019, la Corte parece afirmar dos conclusiones contradictorias: en el caso de las cláusulas sustantivas, se asume que son

⁶⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 4.4.1.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

comparables; para el caso de los MSCIE, se asume que no son comparables⁷⁰. A su vez, estas conclusiones tampoco cuentan con una justificación para tomar dicha decisión.

Ahora bien, las consideraciones en la Sentencia C-252 del 2019 no solo son defectuosas por desconocer el carácter relacional del derecho a la igualdad, sino que tampoco hacen un análisis juicioso del derecho de igualdad, es decir, un análisis en el que se valoren todas las etapas. En particular, la Corte parece ignorar todo el desarrollo jurisprudencial sobre la metodología más correcta para analizar el derecho de igualdad en una situación concreta.

En síntesis, se observa que existen dos problemáticas principales en la forma en que la Corte Constitucional ha aplicado el principio de igualdad a los MSCIE: (1) no ha expuesto ni aclarado qué metodología ha usado para valorar los MSCIE frente al principio de igualdad; y (2) como consecuencia de lo anterior, el análisis frente al principio de igualdad parece ser superficial, en la medida en que no cuestiona etapas tan relevantes como el criterio de comparación entre inversionistas nacionales y extranjeros.

De ahí que se considere que la Corte debería aplicar un juicio integrado de igualdad tanto en el control de constitucionalidad general como específico y, por ende, desarrollar cada una de las etapas de este análisis. Debe recalcar que el juicio integrado de igualdad es una de las metodologías que la Corte Constitucional ha utilizado para valorar si ciertas situaciones son compatibles con el principio de igualdad.

Separación de los derechos sustanciales y procesales del derecho de igualdad

Como se mencionó, en la Sentencia C-252 del 2019, la Corte Constitucional, en el análisis de control de constitucionalidad material-general, evalúa la compatibilidad del AII Colombia-Francia con el principio de igualdad. En primer lugar, la Corte concluye que el AII, en términos generales, a través de sus cláusulas sustantivas, garantiza que los inversionistas y las inversiones extranjeras (en ese caso, franceses) no sean discriminados⁷¹, es decir, las cláusulas sustantivas del AII protegen al inversionista extranjero de recibir un trato igual al que se le otorga a los inversionistas nacionales.

En segundo lugar, la Corte concluye que ninguna disposición del AII garantiza el mandato de igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales

⁷⁰ Para ello, tan solo se refiere a los argumentos presentados por la ANDJE en nota de pie de página. *Ibid.*

⁷¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 118.

en Colombia respecto del inversionista y las inversiones extranjeras, así como la prohibición de discriminación en su contra⁷². Por ello, estima necesario declarar la constitucionalidad condicionada del AII y de su ley aprobatoria, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones sobre derechos sustantivos puede dar lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales⁷³.

Sin embargo, en tercer lugar, la Corte enfatiza en que la garantía del mandato de trato igualitario a los inversionistas y las inversiones nacionales respecto de los extranjeros y la prohibición de discriminación en su contra aplica exclusivamente a las disposiciones sustantivas del AII, mas no a los MSCIE previstos en el AII⁷⁴, debido a que, a su juicio:

(i) el sistema de resolución de controversias exige un análisis de igualdad entre ambos inversionistas extranjeros en los países receptores de la inversión, (ii) se funda en el principio de reciprocidad y, en todo caso, (iii) se encuentra justificado en las finalidades globales de estos instrumentos⁷⁵.

Es decir, de forma artificial, separa estas cláusulas. Con base en ello, la Corte Constitucional excluye los MSCIE dentro del ámbito del segundo mandato. Sin cuestionar si en verdad inversionistas nacionales y extranjeros son comparables, se considera que no tiene sentido aceptar que el derecho de igualdad solo aplica a las cláusulas sustanciales, mas no a las cláusulas procesales, porque las cláusulas procesales se relacionan con el acceso a la justicia, es decir, son el mecanismo procesal y el medio para garantizar el cumplimiento de las cláusulas sustanciales.

Ante la ley, bajo el principio de igualdad, los casos similares deben ser tratados de la misma forma en términos de sustancia y de procedimiento⁷⁶; en ese sentido, se requiere de una misma garantía de derechos procesales⁷⁷. Ahora bien, lo importante no es que los inversionistas nacionales tengan acceso a los mismos MSCIE, sino que tengan protección judicial efectiva y recursos equivalentes.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, apartado 120.

⁷⁴ *Ibid.*, apartado 119

⁷⁵ *Ibid.*, apartado 119

⁷⁶ Christian Riffel, "Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?" (Society of International Economic Law [SIEL], Sixth Biennial Global Conference, Rochester, 2018), 199, <https://papers.ssrn.com/abstract=3209086>

⁷⁷ *Ibid.*, 199.

Es posible que en este punto los lectores relacionen esta crítica con la doctrina Calvo, lo cual también suele aparecer en la literatura⁷⁸ y, para el caso colombiano, se ha discutido en el contexto del control de constitucionalidad de los AII, a saber, en el salvamento de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la sentencia de constitucionalidad del AII Colombia-España⁷⁹ y en algunas intervenciones en la audiencia pública de constitucionalidad⁸⁰. Sin embargo, considero que tampoco puede asimilarse a la doctrina Calvo.

⁷⁸ *Ibid.*, 198. En este texto, Riffel se refiere a los alegatos presentados en contra de la ratificación del CETA. Allí menciona que estos alegatos se remontan a la doctrina Calvo: “The complainant’s argument is reminiscent of the Calvo doctrine —denying foreign investors any special property enforcement rights outside the national legal order” (“El argumento del demandante recuerda a la doctrina Calvo —que niega a los inversores extranjeros exigir cualquier derecho especial de la propiedad fuera del ordenamiento jurídico nacional” [traducción propia]).

⁷⁹ “La discusión se ha centrado entonces en determinar hasta dónde el inversionista extranjero, que se considere lesionado en sus derechos económicos, puede prescindir del agotamiento las vías procesales internas, acudiendo directamente a instancias judiciales internacionales. Sobre el particular, tal y como lo expliqué en mi aclaración de voto a la Sentencia C-155 del 2007, los países latinoamericanos han hecho un valioso aporte histórico mediante la creación de la denominada ‘Cláusula Calvo’, cuyos orígenes se remontan a determinadas controversias económicas que a lo largo del S. XIX enfrentaron a diversas naciones latinoamericanas con los Estados Unidos de América y Europa. En tal sentido, la mencionada cláusula se soporta sobre tres postulados básicos: (i) los Estados soberanos gozan del derecho a no ser destinatarios de ingerencia alguna de otros Estados; (ii) los ciudadanos extranjeros tienen exactamente los mismos derechos sustantivos y procesales que los nacionales; y (iii) el extranjero renuncia a solicitar la protección diplomática de su país de origen”. C. Const., Sent. C-309 del 2007.

⁸⁰ La doctrina Calvo fue presentada en las intervenciones en la audiencia de constitucionalidad del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos: “El artículo 21.3 del Acuerdo vulnera el artículo 9 superior, porque contradice la doctrina Calvo, según la cual ‘la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros’ (artículo 15 de la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA). Por su parte, los artículos 21.6 y sucesivos como otros (sección B del capítulo diez, artículo 10.16, artículo 10.17), excluyen la jurisdicción nacional y, por consiguiente, vulneran la doctrina Calvo. Estima que la aprobación del Acuerdo implica el riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones dispuestas por tribunales privados ajenos al control de la estructura jurisdiccional colombiana, lo cual es ‘sumamente inconveniente para el país si se tiene en cuenta que en el párrafo 3 del Anexo 10-B del Acuerdo se introduce el concepto de expropiación indirecta, en virtud del cual prácticamente todos los actos legítimos de cualquier autoridad pública pueden considerarse una expropiación y por ende constituirse en fuente de obligación indemnizatoria. Circunstancia que se ve agravada por el hecho de que el Estado se verá avocado al pago no solo del detrimento cierto de la inversión sino incluso el pago hasta de la expectativa de obtener ganancias o utilidades, pues la definición de inversión que se encuentra en el artículo 10.28 cubre la expectativa de obtener ganancias o utilidades, un concepto ajeno al concepto de propiedad en el derecho civil y antológicamente extraño a la Constitución”. C. Const., Sent. C-750 del 2008.

La doctrina Calvo se refiere a la perspectiva desarrollada por el académico y diplomático argentino Carlos Calvo durante la segunda mitad del siglo XIX, extendida a lo largo de América Latina⁸¹. De acuerdo con esta visión, los extranjeros no pueden tener derechos y privilegios que no sean otorgados a los nacionales⁸², es decir, los extranjeros solo pueden gozar del mismo tratamiento que los nacionales, mas no de un trato mejor. Como consecuencia de ello, en la medida en que los nacionales solo podrían recurrir a las autoridades locales para buscar una indemnización por daños, los extranjeros no podrían buscar una indemnización por daños ante autoridades diferentes de las nacionales⁸³; por lo tanto, los extranjeros no tendrían derecho para acudir a la protección diplomática.

Ahora bien, a partir de una mirada desde el derecho de igualdad, considero que la doctrina Calvo se traduce en una prohibición de trato diferente a los extranjeros. Sin embargo, esta prohibición desconoce que, por lo menos en el derecho constitucional colombiano, no se prohíbe el trato diferente, sino que se pretende que dicho trato no resulte discriminatorio. De esta forma, considero que la crítica que se propone en este escrito no puede catalogarse como un desarrollo de la doctrina Calvo, pues lo que se busca responder no es si los inversionistas extranjeros reciben un trato diferente, sino si por el hecho de tener acceso a los MSCIE reciben un trato diferente que resulta en una discriminación a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que, en el control de constitucionalidad material de los AII, la Corte Constitucional debe asegurar que tanto las disposiciones sustantivas como procesales contenidas en el AII garanticen el derecho de igualdad de los inversionistas y las inversiones nacionales. Frente a las disposiciones procesales, el derecho de igualdad no implica que los inversionistas nacionales se encuentren autorizados a recurrir a los MSCIE previstos en el AII, lo que resulta importante es que cuenten con una protección judicial en Colombia que sea equivalente.

⁸¹ Debe resaltarse que Carlos Calvo nació en Buenos Aires cuando apenas Argentina había alcanzado la independencia de España.

⁸² Patrick Juillard, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", en *International Development Law—The Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Thematic Series Volume 3*, editado por Petra Minnerop, Rüdiger Wolfrum y Frauke Lachenmann (Nueva York: Oxford University Press, 2019), 135.

⁸³ *Ibid.*

CONCLUSIONES

La Sentencia C-252 del 2019 introdujo un nuevo paradigma constitucional frente a la aplicación del derecho de igualdad en el análisis del control de constitucionalidad material de los AII. Como se observó, esta decisión fue el resultado de un desarrollo paulatino para incorporar este principio, con el fin de evaluar la constitucionalidad tanto de los AII, en general, como de los MSCIE, en particular.

La Sentencia C-252 del 2019 es relevante y significativa porque reconoce de forma explícita y aplica de manera transversal el derecho de igualdad en sus consideraciones de constitucionalidad. Así mismo, recalcó que los inversionistas nacionales en Colombia son un actor relevante en la discusión de la constitucionalidad de los AII.

No obstante, se observa que la argumentación de la Corte Constitucional tiene defectos sustanciales que deben ser subsanados para una próxima valoración de constitucionalidad de los AII. En primer lugar, es necesario que la Corte tenga en cuenta el carácter relacional del derecho a la igualdad. En ese sentido, es necesario que sustente por qué los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros en Colombia son grupos comparables y, por tanto, por qué se exige un trato igual. De lo contrario, el análisis sobre igualdad no seguiría la metodología que de forma reiterada ha recalcado la Corte, es decir, es necesario que la Corte Constitucional aplique un juicio integrado de igualdad al control de constitucionalidad material de los AII.

Por último, en el caso de que la Corte concluya que, en efecto, los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales son sujetos comparables, debe reconsiderar la exclusión de los recursos procesales en el segundo mandato de igualdad, pues los recursos procesales están íntimamente relacionados con el derecho de acceso a la justicia. En ese sentido, bajo el mandato de igual trato frente a los recursos procesales, no se requiere que los inversionistas nacionales tengan acceso directo a los MSCIE previstos en el AII, sino que cuenten con recursos equivalentes para que logren materializar las cláusulas sustanciales que la Corte afirma que deben otorgársele a los inversionistas nacionales. De lo contrario, bajo esta lectura, los inversionistas nacionales se encontrarían en una situación de desprotección.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015, 23 de enero del 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

- Sentencia C-031, 28 de enero del 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia C-104, 2 de marzo del 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
 - Sentencia C-123, 22 de febrero del 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
 - Sentencia C-150, 11 de marzo del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.
 - Sentencia C-169, 7 de marzo del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
 - Sentencia C-184, 14 de abril del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
 - Sentencia C-199, 14 de marzo del 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 - Sentencia C-286, 13 de mayo del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
 - Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
 - Sentencia C-294, 23 de abril del 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.
 - Sentencia C-309, 3 de mayo del 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 - Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
 - Sentencia C-377, 19 de mayo del 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
 - Sentencia C-446, 8 de julio del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.
 - Sentencia C-494, 17 de febrero de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
 - Sentencia C-608, 3 de agosto del 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia C-620, 30 de septiembre del 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
 - Sentencia C-620, 6 de abril del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
 - Sentencia C-750, 24 de julio del 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Juillard, Patrick. “Calvo Doctrine/Calvo Clause”. En *International Development Law—The Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Thematic Series Volume 3*, editado por Petra Minnerop, Rüdiger Wolfrum y Frauke Lachenmann, 135-142. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Riffel, Christian. “Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?”. Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference, Rochester, 2018. <https://papers.ssrn.com/abstract=3209086>
- Tamayo-Álvarez, Rafael. “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty. Judgment C-252/2019”. *The American Journal of International Law* 114, n.º 3, (2020), 471-478.

TERCERA PARTE

Control constitucional y la redefinición de estándares internacionales de protección de inversiones

Análisis comparado de la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión*

Rafael Tamayo-Alvarez

Legitimate expectations are mental states which are no value to the host state or its development.

M. Sornarajah

INTRODUCCIÓN

Previo a la Sentencia C-252 del 2019, la Corte Constitucional de Colombia no aplicaba un estándar de revisión material estricto al examinar la constitucionalidad de los acuerdos internacionales de inversión (AI)¹, porque su análisis jurídico no estaba adaptado para concebir el arbitraje de tratados de inversión como un ejercicio descentralizado de poder público internacional, por el cual se ejerce control sobre actuaciones soberanas del Estado y se establecen parámetros de buen gobierno con respecto al proceder de las autoridades². Por consiguiente, el grado de escrutinio con el que se examinaba el contenido de estos instrumentos no era el apropiado para dar cuenta del riesgo que entrañan para la libertad de configuración o autonomía regulatoria requerida por las autoridades, para el logro de objetivos legítimos de política pública.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.587>

¹ René Urueña y María Angélica Prada-Urbe, “Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2019, n.º 5 (2019): 25, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331056>.

² *Ibid.*, 7-17.

La Sentencia C-252 del 2019 significó un cambio de paradigma en el control de constitucionalidad de los AII³. Este cambio reside en la articulación de un nuevo estándar de revisión, el cual integra al examen de constitucionalidad los principales debates jurídicos y de economía política sobre los costos y beneficios sociales derivados de los AII⁴. Esto le permitió a la Corte estudiar desde diferentes ángulos la manera en que las disposiciones del tratado materia de revisión podían afectar el ejercicio de las funciones que la Constitución Política les confiere a las autoridades colombianas. En este sentido, un aspecto clave del razonamiento jurídico efectuado por la Corte fue analizar el contenido y alcance de los estándares sustantivos de protección a la inversión consagrados en el tratado, con fundamento en cómo estos han sido interpretados en sede de arbitraje de tratados de inversión⁵.

Al evaluar las implicaciones del tratado con base en el alcance que los tribunales internacionales de inversión suelen atribuir a las disposiciones consagradas en él, la Corte tomó nota de uno de los principales problemas que menoscaban la legitimidad del derecho internacional de inversiones: la falta de consistencia en la aplicación de los estándares sustantivos de protección a la inversión. Esta problemática se debe a la ambigüedad característica de la redacción de estos estándares, la cual les confiere a los tribunales de arbitraje un amplio margen de discrecionalidad al momento de concretar su contenido y alcance⁶. Por esta razón, los Estados corren el riesgo de comprometer ilimitadamente su responsabilidad internacional cuando celebran un AII, ya que la verdadera dimensión de las obligaciones adquiridas solo se podrá conocer *ex post*, luego de que las disposiciones del tratado hayan sido interpretadas por tribunales de arbitraje constituidos *ad hoc*. De ahí el llamado *enfriamiento regulatorio* que suele asociarse con los AII, fenómeno consistente en que las autoridades pueden inhibirse de adoptar o aplicar determinadas medidas regulatorias, ante la incertidumbre

³ Rafael Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty”, *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 472.

⁴ Joachim Pohl, “Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión: análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles”, *OECD Working Papers on International Investment* n.º 2018/01 (2018):1 -89, <https://doi.org/10.1787/3d753f20-es>.

⁵ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M. P. Carlos Bernal Pulido, apartado 64.

⁶ Eric de Brabandere, “States’ Reassertion of Control over International Investment Law: (Re)Defining ‘Fair and Equitable Treatment’ and ‘Indirect Expropriation’”, en *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, editado por Andreas Kulick (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 292.

de que estas susciten demandas de inversión incoadas por los inversores que resulten afectados⁷.

En este contexto, al examinar la constitucionalidad material del AII suscrito con Francia, la Corte se enfocó en ciertas expresiones allí empleadas cuyo significado es incierto⁸; seguidamente, las declaró exequibles, con la condición de que las partes contratantes aclararan su significado mediante la adopción de una declaración interpretativa conjunta.⁹ En particular, la Corte estimó necesario precisar el significado de la expresión “expectativas legítimas”, empleada por el tratado en relación con las cláusulas de trato mínimo al inversionista extranjero y expropiación. En efecto, el referido tratado estipula que el trato mínimo que cada parte se obliga a conceder a los inversionistas de la otra parte debe ser consistente con el respeto de las expectativas legítimas albergadas por aquellos¹⁰. Después de revisar algunas decisiones arbitrales, la Corte concluyó que las expectativas legítimas, en tanto elemento central del contenido normativo que suele atribuirse al estándar de trato justo y equitativo (TJE), carecen de una definición uniforme¹¹. En consecuencia, dictaminó que era imperativo concretar el contenido de dicha expresión a través de una interpretación declarativa conjunta, de tal manera que las autoridades colombianas puedan identificar su verdadero alcance¹².

Sin embargo, la Corte Constitucional no dejó demasiado margen de maniobra a las partes contratantes al considerar que, en todo caso, el alcance de la protección de las expectativas legítimas que se derive de aquel tratado debe ser compatible con lo que la jurisprudencia constitucional ha manifestado al respecto¹³. Para mayor referencia, la Corte expuso que solo habrá lugar a la protección de las legítimas expectativas cuando estas tengan origen en actos específicos y reiterados del Estado, que inducen a un inversionista a invertir de buena fe, pero que posteriormente son frustradas por cambios abruptos e intempestivos en el comportamiento estatal que afectan la

⁷ Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, editado por Chester Brown y Kate Miles (Nueva York: Cambridge University Press, 2011), 606-627.

⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 204 y 280.

⁹ *Ibid.*, apartados 214-215 y 281-284.

¹⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 7 de julio del 2014, <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

¹¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 210-212.

¹² *Ibid.*, apartado 214.

¹³ *Ibid.*, apartado 215.

inversión¹⁴. Este pronunciamiento es susceptible de ser valorado desde dos ángulos. Por un lado, puede criticarse que la Corte haya interferido en la soberanía de las partes contratantes al imponer su visión sobre qué se debe entender por “expectativas legítimas”¹⁵; por el otro, la Corte claramente determinó los límites conceptuales sobre la tutela jurídica de las expectativas legítimas que se estipule en un AII, los cuales deberán respetarse para asegurar que haya compatibilidad con el orden constitucional colombiano.

Así, es pertinente analizar si la actual concepción de la doctrina de las expectativas legítimas en el arbitraje de tratados de inversión es compatible con los límites conceptuales trazados por la Corte. Para ello, en este capítulo se comparará la manera en la que actualmente se concibe la protección de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión, con el fin de identificar el grado de convergencia o divergencia que existe entre los dos ámbitos de regulación. Por expectativas legítimas este texto se refiere a la doctrina desarrollada en varios sistemas jurídicos nacionales, en virtud de la cual se tutelan los intereses de los individuos cuando la actuación de una autoridad les hizo creer objetivamente que obtendrían o continuarían disfrutando de un beneficio, pero que luego no pudieron materializar o mantener en el tiempo porque la autoridad cambió abruptamente su proceder¹⁶.

La hipótesis es que en el arbitraje de tratados de inversión la tutela jurídica de las expectativas legítimas reviste ciertos matices que resultan en una mayor afectación del derecho soberano a regular. En consecuencia, si el Gobierno colombiano desea continuar suscribiendo AII que contemplen la protección de las expectativas legítimas, la Sentencia C-252 del 2019 representa un verdadero reto para la intención legislativa de las partes contratantes, dada la dificultad de armonizar, incluso mediante notas interpretativas, el nivel de protección que el derecho colombiano confiere a las expectativas legítimas con aquel que usualmente otorgan los tribunales internacionales de inversión. Así, es posible que, de cara al futuro, la decisión de la Corte redunde en la necesidad práctica de erradicar por completo las expectativas legítimas del articulado de los AII negociados por el Gobierno colombiano.

El capítulo se desarrollará conforme al siguiente orden: en primera instancia, se explicará el alcance de la protección de las expectativas legítimas en el derecho colombiano a la luz de la jurisprudencia constitucional

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Tamayo-Álvarez, “Colombia-France Bilateral Investment Treaty”, 477.

¹⁶ Michele Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review* 28, n.º 1 (2013): 93.

y contenciosa administrativa. Luego, se mostrará cómo se ha entendido dicha protección en el arbitraje de tratados de inversión. Seguidamente, se contrastará la protección que reciben las expectativas legítimas en cada ámbito de regulación, para luego formular algunas conclusiones al respecto.

LA DOCTRINA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

La jurisprudencia constitucional

En el derecho internacional de inversiones se ha establecido, primordialmente a partir de las decisiones de los tribunales de arbitraje de tratados de inversión, una conexión entre la protección de las expectativas legítimas de los inversores y el contenido normativo del estándar de TJE¹⁷. De forma correlativa, el principio de la confianza legítima es, junto con la buena fe, el principal referente con fundamento en el cual la Corte, al decidir sobre la constitucionalidad de las cláusulas de TJE, considera que proteger las expectativas legítimas no resulta ajeno a la Constitución Política de Colombia¹⁸. Lo anterior obedece a que es por conducto de dicho principio que las expectativas legítimas reciben tutela jurídica en el derecho colombiano. En efecto, la propia Corte ha manifestado que la confianza legítima funge como un mecanismo para armonizar y conciliar situaciones en las que la administración, en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables para los administrados, las cuales posteriormente defrauda de forma abrupta o intempestiva¹⁹.

La confianza legítima encuentra sustento en otros principios de stirpe constitucional, como la buena fe, el respeto del acto propio o la seguridad jurídica²⁰. Su aplicación procede cuando, debido a las acciones u omisiones que una autoridad pública ha realizado o mantenido en el tiempo, los particulares albergan objetivamente la expectativa de que, salvo interés público imperioso contrario, las actuaciones posteriores de esa autoridad no

¹⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo del 2003, para. 154.

¹⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 210 y 276.

¹⁹ C. Const., Sent. T-472, jul. 16/2009, M.P. Jorge Iván Palacio, apartado 9, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-472-09.htm>

²⁰ *Ibid.*, apartado 8.

serán opuestas a sus actos u omisiones del pasado²¹. Es decir, el principio de la confianza legítima impone a las autoridades el deber de actuar con lealtad cuando han hecho creer inequívocamente a los particulares que sus actuaciones futuras serán consistentes con sus actuaciones pasadas²². Así, se trata de evitar que cambios abruptos o intempestivos en las reglas de juego quebranten la confianza que los particulares han depositado en el habitual proceder de las autoridades²³.

Este principio ha sido empleado por la Corte Constitucional como herramienta para conciliar el interés general hacia el cual están orientadas las actuaciones regulatorias del Estado con la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que resultan incidentalmente afectados por el cambio en el actuar de las autoridades que tales actos entrañan. Por ejemplo, el principio ha tenido aplicación con ocasión de medidas policivas para la recuperación de espacios públicos o bienes de uso público ocupados de forma irregular, en especial cuando tal ocupación es fruto de la permisibilidad o tolerancia del Estado. Sobre este particular, la Sentencia SU-390 de 1999 representa un caso hito²⁴.

En la referida sentencia, la controversia se originó luego de que la Alcaldía Mayor de Bogotá decidió recuperar espacios públicos en distintos sectores de la ciudad, los cuales durante décadas habían estado ocupados por comerciantes informales. En vista de los constantes desalojos —entre otras medidas policivas, como el decomiso de sus mercancías—, varios vendedores ambulantes y estacionarios presentaron acciones de tutela, argumentando la vulneración de sus derechos al trabajo, el mínimo vital y una vida digna. Algunos de los reclamantes adujeron que administraciones anteriores les habían expedido licencias y permisos para operar²⁵; otros alegaron haber sido censados y carnetizados por administraciones pasadas, con fines de implementar programas de formalización contemplados en los planes de desarrollo de la ciudad²⁶. También hubo quienes acreditaron haber celebrado con la administración contratos de arrendamiento, así como haberse organizado para pactar colectivamente programas de desalojo, los cuales debían

²¹ C. Const., Sent. T-453, nov. 22/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, apartados 32-33; C. Const., Sent. C-131, feb. 19/2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, apartado 16, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>

²² C. Const., Sent. T-736, nov. 30/2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, apartado 25.

²³ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 19.

²⁴ C. Const., Sent. SU-390, may 19/1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>

²⁵ *Ibid.*, 6, 8 y 10-12.

²⁶ *Ibid.*, 8 y 14.

implementarse paulatinamente²⁷. Incluso, a través de una cooperativa, algunos de los demandantes habían procurado obtener un apoyo económico para adquirir un lote al cual poder trasladarse²⁸.

Al estudiar estas acciones de tutela de manera unificada, la Corte Constitucional, sin desconocer que de por medio estaba el interés general, decidió a favor de los reclamantes, quienes acreditaron haber obrado bajo el amparo del principio de la confianza legítima²⁹. Según la Corte, dicho principio podía ser invocado por los accionantes, a quienes las actuaciones u omisiones de administraciones pasadas les hicieron tener la convicción de que su conducta era aceptada jurídicamente³⁰. Como resultado, la Alcaldía tenía el deber de acompañar su política de recuperación del espacio público con medidas de mitigación orientadas a salvaguardar el derecho al trabajo de los accionantes, como programas o planes de reubicación³¹.

La Sentencia T-291 del 2009 es otra de las decisiones emblemáticas sobre confianza legítima³². En este caso, producto de varias acciones de tutela presentadas por personas dedicadas de manera informal al reciclaje en un relleno sanitario localizado en la ciudad de Cali, los intereses públicos involucrados eran la salud pública y el medio ambiente. En efecto, la administración local había ordenado la clausura definitiva del relleno sanitario en cuestión, luego de comprobar que su funcionamiento generaba la filtración de sustancias tóxicas que contaminaban algunas fuentes hídricas aledañas³³. Con el fin de obtener la salvaguarda de su derecho a la vida digna, en conexidad con el derecho al trabajo, los demandantes argumentaron haber obrado al amparo del principio de la confianza legítima³⁴.

De hecho, previo al cerramiento del relleno sanitario, la administración local había adquirido una serie de compromisos específicos con los recicladores, consistentes en proveerles a ellos y a sus familias oportunidades de trabajo, vivienda, educación y salud³⁵. Además, si bien por décadas los recicladores habían operado de manera informal, la actuación de las autoridades durante ese mismo periodo había creado en ellos la convicción objetiva de que realizaban una actividad que, aparte de no ser ilegal, era valorada

²⁷ *Ibid.*, 5, 8, 18-19 y 24.

²⁸ *Ibid.*, 5 y 9.

²⁹ *Ibid.*, 42 y ss.

³⁰ *Ibid.*, 31 y 43.

³¹ *Ibid.*, 36, 39, 42 y 44.

³² C. Const., Sent. T-291, abr. 23/2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

³³ *Ibid.*, 6 y ss.

³⁴ *Ibid.*, 7-8.

³⁵ *Ibid.*, 6-7 y 43.

positivamente³⁶. La Corte dictaminó que la administración local defraudó la confianza legítima de los demandantes, en especial porque clausuró la operación del relleno sanitario sin antes haber cumplido con los compromisos que públicamente adquirió con la comunidad dedicada al reciclaje³⁷.

Precedentes jurisprudenciales como los anteriores revelan que la confianza legítima es una importante herramienta para la protección de los derechos fundamentales dentro del sistema constitucional colombiano, en particular en situaciones que conciernen a grupos tradicionalmente marginados, discriminados o que están en condiciones de vulnerabilidad económica y social. También muestran que la función de este principio es salvaguardar la expectativa que legítimamente alberga un particular sobre cómo será el proceder del Estado, la cual se fundamenta en razones objetivas, como que la normatividad relevante haya estado vigente por un largo periodo, que no haya sido objeto de modificaciones constantes, ni se encuentre en curso un proyecto para su reforma, o que su permanencia no dependa exclusivamente de la discrecionalidad de las autoridades que tienen la potestad de suprimirla³⁸. Así, cuando la realización de actos o hechos concluyentes e inequívocos por parte de las autoridades conducen a un particular a adecuar su comportamiento a lo prescrito por la normatividad existente, confiando en la durabilidad de una situación jurídica favorable, tal confianza será defraudada cuando el Estado introduzca cambios normativos de manera brusca o sorpresiva que le impidan al particular adaptarse a la nueva situación jurídica³⁹.

Sin embargo, de la jurisprudencia constitucional también se infiere que la confianza legítima no es un derecho absoluto que conlleve la inmutabilidad de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares; así lo ha dejado claro la Corte al manifestar que no se trata de petrificar el ordenamiento jurídico⁴⁰. Por el contrario, el principal límite de la confianza legítima es el interés general⁴¹; por consiguiente, su tutela jurídica implica efectuar un acto de ponderación basado en el criterio de proporcionalidad, mediante el cual se busca conciliar el interés general que subyace en la actividad estatal y la confianza de los particulares en el habitual proceder de las autoridades⁴².

³⁶ *Ibid.*, 75.

³⁷ *Ibid.*, 74-77.

³⁸ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 18.

³⁹ C. Const., Sent., T-424, jul. 4/2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, apartado 64.

⁴⁰ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 18-19.

⁴¹ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 10.

⁴² *Ibid.*, 11.

En consecuencia, el contenido normativo que la Corte Constitucional le ha atribuido al principio de la confianza legítima es el de cualificar la actuación de las autoridades, en el sentido de tener que analizar cuidadosamente la realidad que será afectada por sus actuaciones regulatorias, atendiendo siempre al contexto en el que estas serán aplicadas⁴³. En concreto, las autoridades deben asegurarse de que las implicaciones de sus actuaciones, si bien están orientadas a la realización del interés general, guarden correspondencia con el goce de los derechos constitucionales fundamentales⁴⁴. Para ello, las actuaciones regulatorias deben planearse y ejecutarse de tal forma que se les ofrezca a quienes obraron al amparo de la confianza legítima la posibilidad de adaptarse a una nueva realidad jurídica. Así, la Corte ha resaltado la importancia de fijar plazos razonables o conceder periodos de transición para que los particulares puedan adecuar su actuar⁴⁵, así como ofrecer soluciones concretas que tiendan a mitigar la afectación, como planes de reubicación o el acompañamiento a las comunidades⁴⁶.

No obstante, dado que el principio de la confianza legítima ha sido empleado preponderantemente como un mecanismo para la defensa de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional también sugiere que las medidas de adaptación no son sinónimo de reparación de los perjuicios causados⁴⁷. La Corte ha manifestado al respecto que lo que se protege en razón de la confianza legítima es la expectativa en sí misma; por ende, este principio no debe concebirse como una cláusula abierta que se traduzca en indemnización⁴⁸. Esto obedece, además, a que este principio no tiene cabida en relación con la titularidad de derechos adquiridos⁴⁹; por el contrario, la Corte ha dicho de forma tajante que el principio únicamente cobija situaciones jurídicas susceptibles de modificación⁵⁰.

En suma, la expectativa que se protege de acuerdo con la jurisprudencia constitucional consiste en que una situación jurídica no sea modificada de manera abrupta o intempestiva sin que a los afectados se les concedan mecanismos de adaptación. Sin perjuicio de lo anterior, en la jurisprudencia contenciosa administrativa, la defraudación de la confianza legítima da

⁴³ C. Const., Sent. T-291 del 2009, 48; C. Const., Sent. T-736 del 2015, apartado 45.

⁴⁴ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 12.

⁴⁵ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 19.

⁴⁶ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 12; C. Const., Sent. T-736 del 2015, párr. 47; C. Const., Sent. T-424 del 2017, apartado 60.

⁴⁷ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 17.

⁴⁸ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 11.

⁴⁹ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 19.

⁵⁰ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 12.

lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado en situaciones derivadas del legítimo ejercicio de la función legislativa, tal como se expondrá a continuación.

La jurisprudencia contenciosa administrativa

El artículo 90 de la Constitución Política contiene una cláusula general de responsabilidad estatal, según la cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por las acciones u omisiones de las autoridades. Dicha disposición encuentra aplicación cuando el ejercicio de la función pública resulta en la afectación de intereses jurídicamente protegidos por el Estado. De acuerdo con el Consejo de Estado de Colombia, dentro del catálogo de los intereses amparados por la cláusula general de responsabilidad se encuentran, por un lado, los derechos adquiridos y las situaciones definidas jurídicamente y, por el otro, las expectativas legítimas y los estados de confianza⁵¹. Los primeros se refieren a situaciones consolidadas bajo el imperio de la ley y que, por consiguiente, suponen derechos que han ingresado de forma definitiva al patrimonio de sus titulares⁵². Los segundos se refieren, en el caso de las expectativas legítimas, a situaciones relativas a derechos subjetivos, los cuales se encuentran en proceso de formación, y, en el caso de los estados de confianza, a situaciones en las que, a partir de comportamientos objetivos, inequívocos y uniformes del Estado, surge en el fuero interno de un sujeto una creencia conforme a la cual este determina su comportamiento⁵³.

De acuerdo con el Consejo de Estado, la diferencia entre las expectativas legítimas y los estados de confianza es que las primeras implican seguir un curso de acción previsto en la ley, con el convencimiento de que hacerlo conduce a la adquisición de un derecho subjetivo o a la definición de una situación jurídica; mientras que los segundos implican actividades en ámbitos extrajurídicos que, no obstante, son toleradas o permitidas por el Estado⁵⁴. Aunque solo las expectativas legítimas y los estados de confianza se ubican en la esfera del principio de la confianza legítima, la vulneración de cualquiera de los intereses jurídicamente protegidos mencionados puede configurar el daño antijurídico, que es el presupuesto para que se declare

⁵¹ C. E., Sec. Tercera, Subsección B, Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, párr. 10.2.5 y ss.

⁵² *Ibid.*, párr. 10.2.5.1.

⁵³ *Ibid.*, párr. 10.2.5.2-10.2.5.3.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 10.2.8.2.2-10.2.8.4.

la responsabilidad patrimonial del Estado. Un daño es antijurídico cuando el sujeto que resulta afectado no tiene el deber jurídico de tolerarlo, como sucede cuando se rompe el equilibrio frente a las cargas públicas⁵⁵. En la jurisprudencia contenciosa administrativa prevaleció hasta hace poco una línea jurisprudencial conforme a la cual el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, producto del ejercicio de la función legislativa, era el *daño especial*, entendido como aquel que se produce cuando una actuación legítima del Estado impone una carga mayor al ciudadano afectado de la que normalmente debería soportar, desconociendo así el principio de igualdad de los particulares frente a las cargas públicas⁵⁶.

No obstante, luego de considerar que cuando se trata de la expedición de leyes declaradas exequibles el daño antijurídico puede referirse por igual a la vulneración de derechos subjetivos, situaciones jurídicamente consolidadas, expectativas legítimas o estados de confianza, el Consejo de Estado optó por ampliar su línea jurisprudencial acerca del fundamento de la responsabilidad estatal por el hecho del Estado-Legislador⁵⁷. Dicho cambio de precedente implicó superar los límites conceptuales de la teoría del daño especial, con miras a instituir a la defraudación de la confianza legítima como un título autónomo de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ciertamente, desde finales de la década de los noventa, el Consejo de Estado ha admitido que es posible causar un daño antijurídico mediante la expedición de leyes declaradas exequibles⁵⁸. El primer precedente jurisprudencial sobre esta cuestión tuvo origen en una acción de reparación directa, por medio de la cual se pretendía declarar patrimonialmente responsable al Estado colombiano por haber expedido la ley aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁵⁹. El argumento de fondo era que el régimen de inmunidades e inviolabilidades previsto por dicho tratado había impedido a los causahabientes de un ciudadano colombiano —fallecido tras haber sido atropellado por un vehículo conducido por un agregado militar de una misión diplomática— obtener reparación ante la jurisdicción local⁶⁰.

⁵⁵ C. E., Sec. Tercera, Subsección C, Sentencia rad. 34928, feb. 16/2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, párr. 4.2.

⁵⁶ C. E., Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, párr. 10.1.2.5.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 10.2.1 y ss.

⁵⁸ C. E., Sala Plena, Sentencia rad. IJ-001, ago. 25/1998, C.P. Jesús María Carillo Ballesteros.

⁵⁹ L. 6/1992.

⁶⁰ C. E., Sentencia rad. IJ-001, ago. 25/1998.

Así, el problema jurídico por resolver era si, con ocasión de la expedición de la ley que estableció la figura de la inmunidad jurisdiccional, el Estado debía ser declarado patrimonialmente responsable, toda vez que los colombianos víctimas de daños causados por miembros de misiones diplomáticas no podrían acceder a la administración de justicia, con el fin de obtener una reparación de parte de estos. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Estado bajo el régimen de la responsabilidad objetiva (puesto que la antijuridicidad del daño sufrido por los demandantes era consecuencia de la expedición de la ley) y el título de imputación del daño especial⁶¹. Esto último, luego de considerar que la ley en cuestión había impuesto una carga desigual a las víctimas de daños ocasionados por agentes diplomáticos⁶².

Como resultado, el daño especial se instituyó como el único título de imputación de responsabilidad estatal aplicable a circunstancias en las que el ejercicio de la función legislativa produce un daño antijurídico. Así permaneció el estado de la jurisprudencia contenciosa administrativa por más de una década, hasta que en el 2015 esta corporación dispuso que el principio de la confianza legítima debía complementar al daño especial como título de imputación, para darle cabida a la protección de las expectativas legítimas y a los estados de confianza que resultan afectados por la expedición de leyes declaradas exequibles⁶³, ya que al amparo de la teoría del daño especial solo habría lugar a la responsabilidad estatal por daños antijurídicos que afecten la titularidad de derechos subjetivos o que impliquen el desconocimiento de situaciones jurídicamente consolidadas. No obstante, el cambio de precedente venía gestándose a partir del razonamiento jurídico que el Consejo de Estado efectuó en el 2013, al fallar una acción de reparación directa instaurada por la sociedad fiduciaria encargada de la administración de un proyecto hotelero localizado en la ciudad de Medellín⁶⁴.

La accionante se vio afectada luego de que un cambio de normatividad le impidió acceder a un beneficio tributario, dando así al traste con la estructura financiera del proyecto hotelero. En concreto, dicho proyecto había sido estructurado en consideración a los beneficios fiscales que eran otorgados a través del denominado *certificado de desarrollo turístico* a quienes

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ C. E., Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, pár. 10.2.8.1, 10.2.9, 10.2.18 y 10.2.18.2-10.2.18.3.

⁶⁴ C. E., Sec. Tercera, Subsección B, sentencia rad. 27228, jul. 29/2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

realizaran inversiones en proyectos turísticos de importancia para el desarrollo económico del país⁶⁵. Cuando el hotel se encontraba *ad portas* de comenzar a funcionar, se expidió una nueva normatividad, la cual le impedía a la sociedad promotora acceder a los beneficios en cuestión. Esta alegó entonces que, como se encontraba en proceso de cumplir con las condiciones que estaban previstas en la normatividad derogada para obtener el certificado, el posterior cambio regulatorio le produjo un daño antijurídico que debía ser indemnizado, el cual consistía en defraudar su creencia de que se le reconocerían los beneficios contemplados en el certificado⁶⁶. Lo anterior, máxime porque el cambio de normatividad fue abrupto, ya que no se previó la aplicación de un régimen de transición⁶⁷.

En particular, la accionante expuso que, si bien no tenía un derecho subjetivo que estuviera plenamente consolidado en relación con la obtención del certificado, la posibilidad de acceder a este beneficio había sido la razón determinante para concebir y estructurar el proyecto⁶⁸. Así, alegó que se le había frustrado su confianza legítima y, además, que se había roto el equilibrio frente a las cargas públicas, pues no estaba obligada a soportar el perjuicio que le produjo el cambio de normatividad⁶⁹. El Consejo de Estado falló a favor de la Nación porque la accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder al certificado, motivo por el cual aún no había adquirido el derecho a los beneficios que eran otorgados por aquel⁷⁰. Además, la administración nunca le dio a entender a la accionante que, por el mero hecho de efectuar las inversiones, le sería expedido tal certificado, pues ello dependía del cumplimiento de condiciones adicionales de las que la accionante siempre tuvo pleno conocimiento⁷¹.

Sin embargo, algunos de los pronunciamientos del Consejo de Estado en esta decisión ya apuntaban hacia la posibilidad de incorporar las expectativas legítimas y los estados de confianza al catálogo de las circunstancias jurídicamente protegidas por el instituto de la reparación de daños causados, con ocasión del ejercicio de la función legislativa. Por ejemplo, el Consejo de Estado resaltó la importancia de brindar protección a las expectativas legítimas de los inversionistas que, motivados por razones objetivas creadas por el propio Estado, canalizan recursos hacia la explotación de

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 1.1.2.1-1.1.2.10 y 2.4.1.

⁶⁶ *Ibid.*, 15 y ss.

⁶⁷ *Ibid.*, 58.

⁶⁸ *Ibid.*, 17.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, 64-66.

⁷¹ *Ibid.*, 66-68.

ciertas actividades económicas⁷². Asimismo, en otro aparte de la decisión se señala que, al diseñar una nueva normatividad, el Legislador debe sopesar razonablemente los intereses de diversa índole que puedan verse afectados, lo cual implica concebir regímenes de transición para corregir los desequilibrios causados por las nuevas regulaciones y asegurar que todos los sectores y actores económicos reciban un trato equitativo⁷³.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado razonó acerca de si el daño antijurídico producto de la vulneración de la confianza legítima tiene una entidad propia o si, por el contrario, es una manifestación del daño especial⁷⁴; de este manera, determinó que, aunque ambas figuras se fundamentan en el principio de igualdad de las cargas públicas, no deben unificarse en torno a único título de imputación, ya que cada una apunta a proteger intereses jurídicos distintos⁷⁵. En efecto, como se mencionó, el daño especial se predica de la vulneración de derechos subjetivos o de situaciones jurídicamente consolidadas con ocasión del ejercicio de la función legislativa, en tanto que el principio de la confianza legítima salvaguarda las expectativas legítimas y los estados de confianza de los administrados. Así, lo que está implícito en este pronunciamiento del Consejo de Estado es que el fundamento de la responsabilidad estatal por la vulneración de las expectativas legítimas y los estados de confianza debe ser independiente del daño especial, ya que estos constituyen intereses jurídicamente tutelados con entidad propia.

Sin embargo, el verdadero giro jurisprudencial por el que la defraudación de la confianza legítima emergió como un título autónomo de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, cuando con ocasión de la expedición de leyes declaradas exequibles resultan vulneradas las expectativas legítimas y los estados de confianza, tuvo lugar en el 2015. La controversia que condujo a este cambio de precedente se originó en la alteración de las condiciones contractuales para la prórroga de unos contratos de concesión de espacios de televisión⁷⁶. En efecto, en 1991 el Estado colombiano suscribió con empresas dedicadas a la producción de contenidos de televisión contratos de concesión para el uso del espacio electromagnético⁷⁷. Las condiciones legales de celebración de estos contratos estaban contempladas en la Ley 14 de 1991. En cada contrato se fijó un periodo inicial de duración

⁷² *Ibid.*, 51.

⁷³ *Ibid.*, 35.

⁷⁴ *Ibid.*, 39 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*, 41.

⁷⁶ C.E., Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, pár. 1.2.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 8.1-8.6.

de seis años, prorrogable siempre que a su vencimiento el concesionario hubiese obtenido el ochenta por ciento o más del total de los puntos posibles, de acuerdo con las condiciones de evaluación con fines de prórroga, las cuales serían establecidas posteriormente⁷⁸. De este modo, la prórroga de los contratos sería contingente a la evaluación del desempeño del concesionario, según criterios como el nivel de cumplimiento de sus obligaciones contractuales o la calidad de la programación ofrecida a los televidentes⁷⁹.

El plazo para la suscripción de la prórroga, en el supuesto de que el concesionario hubiera obtenido el puntaje mínimo en la correspondiente evaluación, expiraba en junio de 1997^[80]; sin embargo, el tránsito hacia la televisión privada supuso un cambio normativo que dio al traste con la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión de televisión pública. En efecto, la Ley 335 de 1996 dispuso que los contratos de concesión vigentes serían improrrogables⁸¹. La Corte Constitucional dictaminó que esta disposición era exequible, al considerar que los concesionarios no tenían un derecho adquirido a la prórroga, pues esta era contingente al cumplimiento de una serie de condiciones⁸². En este sentido, se trataba más bien de una mera expectativa susceptible de ser modificada por el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración legislativa⁸³. No obstante, algunos concesionarios recurrieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, interponiendo una acción de reparación directa, por la cual buscaban el resarcimiento del perjuicio que la falta de prórroga les había ocasionado.

Las pretensiones de los accionantes implicaban resolver el problema jurídico de si el cambio de normatividad había vulnerado la expectativa legítima de ser evaluados para obtener la prórroga de sus contratos de concesión⁸⁴. Al abordar dicho problema jurídico, el Consejo de Estado analizó si dentro del alcance de la responsabilidad patrimonial por el hecho del Estado-Legislador se encontraban comprendidas las expectativas legítimas y los estados de confianza⁸⁵. Previo a ello, observó que el daño especial era considerado el fundamento de la responsabilidad estatal, por el menoscabo de intereses jurídicamente protegidos con ocasión del ejercicio de la

⁷⁸ L. 14/1991, párr. 8.1.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 8.7.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 8.9. Véase L. 335/1996.

⁸² C. Const., Sent. C-350, jul. 29/1997, M.P. Fabio Morón Díaz, 59, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-350-97.htm>

⁸³ *Ibid.*, 62.

⁸⁴ C.E., Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, párr. 9.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 10.2.5.

función legislativa⁸⁶. No obstante, debido a que el daño especial solo imputa responsabilidad por afectaciones a derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas, el Consejo de Estado consideró que las expectativas legítimas y los estados de confianza se encontraban al margen del amparo de la cláusula general de responsabilidad⁸⁷. Según el Consejo de Estado, lo anterior revelaba la existencia de zonas grises de inmunidad con respecto al hecho del Estado-Legislator, ya que el daño especial impedía hablar de la ocurrencia de un daño antijurídico en ausencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas⁸⁸.

Por consiguiente, luego de reflexionar sobre por qué la obligación de reparar un daño antijurídico debía extenderse a la vulneración de las expectativas legítimas y los estados de confianza, el Consejo de Estado señaló que el principio de la confianza legítima es una fuente autónoma de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator, la cual actúa como complemento de la doctrina del daño especial⁸⁹. Lo anterior se traduce en que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado que puede darse en cumplimiento de la función legislativa varía en función del interés jurídico protegido⁹⁰, es decir, la vulneración de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicamente consolidadas será imputable de acuerdo con el daño especial, en tanto que las expectativas legítimas y los estados de confianza lo serán en razón de la defraudación de la confianza legítima. Así, en palabras del Consejo de Estado, el principio de la confianza legítima funge como un “dispositivo amplificador” del espectro de la responsabilidad estatal⁹¹, el cual permite tutelar jurídicamente a las expectativas legítimas y los estados de confianza.

Además, en relación con la reparación, el Consejo de Estado especificó que lo que se debe resarcir cuando se defraudan las expectativas legítimas no es la privación de un derecho propiamente tal, el cual nunca se tuvo, sino la pérdida de la oportunidad de obtener un derecho que estaba en proceso de adquirirse⁹²; por ende, la reparación debe ser proporcional a qué tan cerca se encontraba el derecho de haberse concretado⁹³. Por otro lado, como los estados de confianza no conducen a la formación de un derecho, en caso

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 10.1.2.4-10.2.2.7.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 10.2.6.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 10.2.7

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 10.2.8.1.1, 10.2.9, 10.2.17 y 10.2.18.2.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 10.2.8.1 y 10.2.18.3.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 10.2.15.

⁹² *Ibid.*, párr. 10.2.8.2 y 10.2.18.4.

⁹³ *Ibid.*, párr. 10.2.8.4.

de que resulten vulnerados, lo que se indemniza es el perjuicio asociado directamente con la imposibilidad de continuar realizando una actividad enmarcada en una situación de hecho, frente a la cual se tenía la creencia de que, dada su aceptación o tolerancia por parte de las autoridades, no sería objeto de un cambio repentino que la prohibiera⁹⁴.

De acuerdo con el Consejo de Estado, es necesario que confluyan cinco condiciones para que pueda decirse que han nacido a la vida jurídica expectativas legítimas o estados de confianza que posteriormente son objeto de defraudación⁹⁵. La primera condición es que exista una disposición o actuación que provenga del Estado, frente a la cual los particulares alberguen una expectativa legítima o haya generado en ellos un estado de confianza⁹⁶. En segundo lugar, se requiere de un comportamiento homogéneo y constante que conduzca a consolidar las expectativas legítimas y los estados de confianza⁹⁷. Esto significa que, a partir del habitual proceder de las autoridades, sea posible inferir razonablemente que el Estado permitirá la consolidación de un derecho que está en vía de serlo, una vez se complete el curso de acción determinado por la ley, o bien que el Estado se seguirá comportando en el futuro de forma coherente a como lo ha hecho en el pasado⁹⁸.

La tercera condición es que, motivado por la expectativa legítima o el estado de confianza, el asociado tome decisiones o ejecute actos que le generen consecuencias adversas, bien sea de índole patrimonial o extrapatrimonial⁹⁹. La cuarta condición es que la expectativa legítima o el estado de confianza sea frustrado como consecuencia del cambio brusco e intempestivo en la actuación estatal¹⁰⁰. Por último, la quinta condición es que el Estado desconozca la obligación de adaptación y adecuación¹⁰¹; esta implica que, cuando haya un cambio normativo intempestivo, el Estado tiene el deber de fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adaptarse o adecuarse a la nueva situación jurídica, crear mecanismos que permitan que los particulares se acoplen a la nueva normatividad o adoptar medidas de compensación¹⁰².

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 10.2.8.2.2.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 10.2.15.1-10-2.15.5.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 10.2.15.1.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 10.2.15.2.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 10.2.15.3.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 10.2.15.4.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 10.2.15.5.

¹⁰² *Ibid.*

En suma, en la jurisprudencia contenciosa administrativa el principio de la confianza legítima permite imputar responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual al Estado por la expedición de leyes exentas de vicios y conformes a la Constitución, cuando estas configuran cambios impredecibles e intempestivos que alteran el marco jurídico, sin estar acompañadas de medidas de adaptación y adecuación. En tales situaciones, los intereses jurídicamente protegidos sobre los que recae el daño antijurídico son las expectativas legítimas y los estados de confianza, cuya defraudación constituye el título de imputación o fundamento de la responsabilidad que da lugar a la obligación de reparar el perjuicio causado. No obstante, a juzgar por la manera en que se decidió el caso relativo a la prórroga de los contratos de concesión, cabe inferir que el umbral para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por defraudación de la confianza legítima es alto; asimismo, que la aplicación del marco analítico desarrollado por el Consejo de Estado supone un enfoque deferente hacia la potestad de configuración del Legislador.

En este caso, el Consejo de Estado estimó que no había nacido a la vida jurídica una expectativa legítima en cabeza de los concesionarios¹⁰³. Entre otras razones, el Consejo de Estado encontró que, desde el momento en que se celebraron los contratos de concesión, no había certeza de que estos serían prorrogados, ya que una eventual prórroga era contingente a la materialización de un cúmulo de condiciones, siendo la más importante de todas que el concesionario obtuviera un puntaje mínimo en una evaluación con fines de prórroga contractual, la cual nunca tuvo lugar¹⁰⁴. De hecho, si bien el Estado difirió en el tiempo la expedición del reglamento por el cual se fijarían los criterios de la evaluación con fines de prórroga, tal reglamento ni siquiera fue expedido, precisamente debido al cambio normativo que, por motivos de interés público, prohibió que se prorrogaran los contratos de concesión¹⁰⁵. Los concesionarios tenían entonces una mera expectativa, mas no una legítima expectativa, de que sus contratos serían prorrogados¹⁰⁶.

En consonancia, el Consejo de Estado expuso que la situación jurídica de los concesionarios era susceptible de ser modificada retroactivamente por el Legislador, en ejercicio de su potestad de libre configuración legislativa, máxime cuando el motivo de fondo era el interés de democratizar el

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 12.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 11.1.9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 11.1.10.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 11.4.6.

uso del espectro electromagnético¹⁰⁷. El Consejo de Estado también dirigió el foco de atención hacia la debida diligencia de los concesionarios, ya que para ellos fue claro desde el principio que la prórroga no sería automática, sino que se encontraba sujeta al cumplimiento de un cúmulo de condiciones; en consecuencia, el Consejo de Estado consideró que a los concesionarios se les brindaron medios de adaptación y adecuación, principalmente, porque el cambio normativo se produjo casi un año antes de que terminara el periodo inicial de vigencia contractual¹⁰⁸. Así, conociendo de antemano que sus contratos eran improrrogables, los concesionarios lograron adaptarse a la nueva realidad jurídica, según se infiere del hecho de que varios de ellos se presentaron a licitaciones regidas por la nueva legislación¹⁰⁹.

Para finalizar esta sección, cabe mencionar que un segmento de la literatura que indaga por la justificación teórica para la protección de las expectativas legítimas en el derecho internacional de inversiones parte del análisis comparado del desarrollo y la función que esta figura cumple en una pluralidad de sistemas legales de derecho público¹¹⁰. Dicha literatura destaca que, a pesar de las divergencias, existen elementos comunes en lo concerniente a la salvaguarda de las expectativas legítimas entre los sistemas objeto de comparación, los cuales, como mínimo, permiten afirmar que estamos ante un principio emergente de derecho público¹¹¹. Siguiendo esta línea de análisis, la jurisprudencia analizada a lo largo de la presente sección indica que la tutela jurídica de las expectativas legítimas en el derecho colombiano comparte varios de estos elementos comunes.

Por ejemplo, similar a como se presenta en la mayoría de los ordenamientos jurídicos domésticos¹¹², la tutela jurídica de las expectativas legítimas tiene un alcance excepcional en Colombia. En efecto, la protección solo se activa cuando existen compromisos o promesas de la administración que esta posteriormente repudia o incumple, o cuando su manera habitual o reiterada de proceder genera en los administrados una confianza acerca de aquello a lo que consideran tener derecho o la forma en que pueden o deben comportarse. Además, esta figura connota intereses que, si bien todavía no

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 11.1.11.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 11.3.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 11.6.

¹¹⁰ Potestà, "Legitimate Expectations", 93.

¹¹¹ *Ibid.*, 98.

¹¹² Josef Ostránský, "An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard", en *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, editado por Andrea Gattini, Attila Tanzi y Filippo Fontanelli (Leiden: Brill y Nijhoff, 2018), 344-377.

han alcanzado la categoría de derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas, ameritan ser objeto de protección legal, porque, por razones que guardan relación con el respeto por el Estado de derecho, la seguridad jurídica o la buena fe, resulta importante salvaguardar la confianza que el comportamiento de las autoridades ha producido en el fuero interno de los administrados.

Por otro lado, en el derecho administrativo y constitucional comparado es difícil que la protección de las expectativas legítimas se extienda a situaciones en las que el individuo es afectado por cambios generales de política pública¹¹³. En el derecho colombiano sucede igual, ya que, según el Consejo de Estado, no es posible albergar expectativas legítimas frente a disposiciones generales y abstractas¹¹⁴ y, de acuerdo con la Corte Constitucional, el principio de la confianza legítima de ninguna manera conduce a la inmutabilidad de la normatividad existente¹¹⁵. De esto también se desprende que la protección de las expectativas legítimas usualmente se encuentre en una relación de conflicto con otros principios e intereses de derecho público, como el principio democrático o la realización del bien común¹¹⁶. Por consiguiente, su aplicación conlleva realizar un ejercicio de ponderación que, en el derecho colombiano, por lo general significa la aplicación del test o juicio de la proporcionalidad¹¹⁷.

La doctrina de las expectativas legítimas en el arbitraje de tratados de inversión

Un origen carente de fundamento

En la actualidad, en la doctrina y jurisprudencia arbitral sobre protección de inversiones, se ha consolidado la idea de que frustrar las expectativas legítimas del inversor extranjero es fuente de perjuicios para estos y, por consiguiente, razón suficiente para comprometer la responsabilidad internacional del Estado receptor¹¹⁸. A continuación, se describirá la manera en que esta doctrina fue trasplantada al ámbito del derecho internacional de inversiones, hasta el punto de convertirse en el eje central del estándar de

¹¹³ Potestà, "Legitimate Expectations", 111.

¹¹⁴ C.E., Sentencia rad. 22637, ago. 31/2015, párr. 11.1.15.

¹¹⁵ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 11.

¹¹⁶ C. Const., Sent. C-131 del 2004, 18-19.

¹¹⁷ C. Const., Sent. T-472 del 2009, 10-12.

¹¹⁸ Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 162.

TJE. Si bien la protección de las expectativas legítimas también se predica con respecto a la expropiación indirecta, en el contexto de las reclamaciones por infracción del estándar de TJE es donde se invoca con mayor preponderancia y probabilidad de éxito¹¹⁹. Así lo demuestra el hecho de que los tribunales de arbitraje de tratados de inversión se refieran a esta como “la función más importante del TJE”¹²⁰, el “elemento dominante”¹²¹ o la “piedra angular” de dicho estándar¹²².

Al indagar por el origen de la protección de las expectativas legítimas en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión, diversos doctrinantes han manifestado que no existe una base legal sólida que justifique que dicha doctrina esté arraigada al contenido del estándar de TJE¹²³. Ciertamente, los primeros tribunales internacionales de arbitraje que se refirieron a las expectativas legítimas en relación con el TJE lo hicieron en forma de *obiter dicta*, sin ofrecer una explicación sistemática ni coherente sobre por qué su defraudación era relevante al momento de decidir sobre la ocurrencia de una infracción de dicho estándar, máxime al considerar que, en su mayoría, los tratados de inversión no hacían mención de ellas¹²⁴. Básicamente, lo que estos tribunales hicieron fue elevar las expectativas legítimas a la categoría de interés que está comprendida *per se* en la órbita de la protección conferida por el TJE, aunque sin apoyarse en ninguna autoridad previa, salvo alusiones genéricas al principio de la buena fe¹²⁵.

Uno de los primeros tribunales que se refirió a las expectativas legítimas de los inversionistas fue el del caso *Metalclad*¹²⁶. La medida regulatoria que originó esta controversia fue la negativa por parte de una municipalidad de otorgar un permiso para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos a un inversionista estadounidense, a pesar de que el Gobierno

¹¹⁹ David Gaukrodger, “Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties: The limitation of Fair and Equitable Treatment Provisions to the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, n.º 2017/03 (2017): 14, <https://doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

¹²⁰ *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, caso CIADI n.º ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre del 2012, párr. 7.75.

¹²¹ *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, caso UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo del 2006, párr. 302.

¹²² *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/03/15, laudo, 31 de octubre del 2011, para. 348.

¹²³ Ostránský, “An Exercise in Equivocation”.

¹²⁴ Potestà, “Legitimate Expectations”, 90.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto del 2000.

federal ya había autorizado la construcción¹²⁷. Metalclad adujo que, previo a adquirir la inversión, consultó con funcionarios del Gobierno federal si había necesidad de obtener permisos adicionales de orden municipal; estos le aseguraron a la empresa que contaba con todo lo necesario para iniciar la construcción de la obra y que, en caso de requerir permisos adicionales, el municipio se los otorgaría¹²⁸. Sin embargo, el gobierno municipal negó a la postre el permiso de construcción, alegando razones relacionadas con el descontento de la población local, el hecho de que se hubiera dado inicio a las obras sin antes solicitar el correspondiente permiso y distintas preocupaciones de índole medioambiental¹²⁹. El tribunal estimó que ninguno de estos argumentos tenía relación con la construcción material del confinamiento, que era el asunto sobre el que la autoridad municipal tenía competencia¹³⁰.

El tribunal encontró responsable a México por infringir la obligación de actuar con transparencia, la cual, en su opinión, está contenida en la cláusula de TJE del Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹³¹. De acuerdo con el tribunal, México debía asegurarle a Metalclad un marco transparente y previsible para que esta pudiera conocer fácilmente las regulaciones pertinentes al momento de planear su negocio y efectuar la inversión¹³². Por el contrario, las autoridades mexicanas no ofrecieron certidumbre en lo que concernía a la exigencia de contar con el permiso municipal de construcción. Además, el tribunal encontró que hubo deficiencias procedimentales en el trámite del permiso requerido por la autoridad municipal¹³³.

Desde una mirada formalista del concepto de Estado de derecho, es decir, una visión que no está orientada hacia lo sustantivo, sino hacia aspectos formales del derecho, como su claridad, certidumbre o irretroactividad, los reparos que el tribunal le hizo a la actuación de México serían más del resorte del principio de legalidad o de la seguridad jurídica que de la doctrina de las expectativas legítimas. Sin embargo, en la conciencia jurídica de los operadores del sistema de arbitraje de tratados de inversión tuvo eco el pronunciamiento del tribunal con respecto a que “la empresa podía permitirse confiar en el consejo de los funcionarios y creer que estaba autorizada a continuar con la construcción del confinamiento”¹³⁴. De esta manera, la

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 28-69.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 80 y 88.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 92.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, párr. 97-101.

¹³² *Ibid.*, párr. 76.

¹³³ *Ibid.*, párr. 99.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 89.

idea de que la obligación de proveer un TJE comprende la salvaguarda de las expectativas legítimas comenzó a tener adeptos; así lo revela el razonamiento jurídico efectuado por los árbitros en la decisión del caso *Tecmed*.

La controversia en *Tecmed* giró alrededor de la negativa de renovar una licencia para el funcionamiento de un confinamiento de procesamiento de residuos peligrosos¹³⁵. El tribunal articuló, sin el mínimo soporte legal, una concepción expansiva del TJE, según la cual esta disposición exige no desvirtuar “las expectativas básicas en razón de la cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”¹³⁶. El tribunal agregó que, como parte de tales expectativas, se espera que el Estado actúe de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, permitiéndole a este planificar sus actividades y ajustar su conducta a las disposiciones legales pertinentes; de la misma manera, manifestó que se espera que el Estado actúe de manera no contradictoria, lo que implica no revertir de forma arbitraria decisiones reglamentarias anteriores o preexistentes en las cuales el inversor ha confiado¹³⁷.

El tribunal consideró que *Tecmed* invirtió con la expectativa de que la licencia tendría una validez continua¹³⁸. En consecuencia, el tribunal halló responsable a México por violación del estándar de TJE, al considerar que las autoridades locales defraudaron la expectativa de *Tecmed* al no renovarle la licencia, máxime cuando existía un entendimiento previo para la reubicación del confinamiento¹³⁹. Así, *Tecmed* esperaba de buena fe que, en virtud del compromiso adquirido con las autoridades, podría continuar operando el confinamiento hasta que se efectuara la reubicación¹⁴⁰; sin embargo, la autoridad local actuó de manera contradictoria al clausurar el confinamiento sin antes haber cumplido con el compromiso de reubicación, alegando fallas en el funcionamiento del confinamiento, las cuales, según el tribunal, no comprometían la salud pública o el medio ambiente, así como motivado por la presión ejercida por la comunidad opositora del proyecto¹⁴¹.

El tribunal realmente no necesitaba formular de manera tan amplia el contenido del estándar de TJE, ni el alcance de la protección de las expectativas legítimas que él mismo había adscrito a este, para encontrar que las

¹³⁵ *Tecmed c. México*, párr. 33-51.

¹³⁶ *Ibid.*, párr. 154.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 150.

¹³⁹ *Ibid.*, párr. 158 y 173.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 160-164.

¹⁴¹ *Ibid.*, párr. 160 y 162.

autoridades mexicanas incurrieron en una conducta contradictoria¹⁴². En este sentido, el llamado *estándar Tecmed* en torno a la naturaleza y el alcance del TJE ha sido objeto de críticas, porque connota un alto grado de exigencia en términos de buen gobierno en la administración, que resulta difícil de materializar en el mundo real¹⁴³. No obstante, el estándar Tecmed, con su concepción abiertamente idealizada de la conducta estatal, comenzó a citarse recurrentemente como fuente de autoridad por tribunales posteriores, lo que dio origen a una expectativa de jurisprudencia constante favorable a la tutela jurídica de las expectativas legítimas como subcategoría de la obligación de garantizar un TJE.

Ciertamente, en el arbitraje de tratados de inversión no opera formalmente un sistema de precedente vinculante, ya que cada tribunal opera de manera *ad hoc* para resolver una única controversia, sin que exista un mecanismo de apelación encargado de cerciorarse de la corrección de las decisiones y de que haya coherencia entre ellas. Sin embargo, a finales de la década de los noventa, justo cuando comenzaban a proliferar las demandas de inversión con base en tratados, los tribunales adoptaron la práctica —que con el tiempo se convirtió en hábito— de citar decisiones anteriores en apoyo de sus argumentos¹⁴⁴. Tal práctica fue propiciada por la ambigüedad del lenguaje empleado en los tratados de inversión, lo cual llevó a los tribunales a valerse de esfuerzos previos que habían dado alcance al contenido de disposiciones sustantivas y procedimentales que eran idénticas o similares¹⁴⁵.

Así, de manera informal, emergió una forma común de razonamiento entre los distintos tribunales, que evolucionó hasta convertirse en un sistema de cuasiprecedente judicial¹⁴⁶. Según Schill, esta jurisprudencia constante es fuente de expectativas normativas para los diversos actores que interactúan en el régimen internacional de tratados de inversión¹⁴⁷; no obstante, quizá porque la práctica no estuvo orientada por un principio rector claro¹⁴⁸

¹⁴² Zachary Douglas, “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental, Eureko and Methanex*”, *Arbitration International* 22, n.º 1 (2006): 28.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Richard Chen, “Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal* 60, n.º 1 (2019): 52.

¹⁴⁵ Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law* 107, n.º 1 (2013): 62.

¹⁴⁶ Urueña y Prada-Urbe, “Constitucionalismo transformador”, 16.

¹⁴⁷ Stephan Schill, “Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law”, en *International Investment Law and Comparative Public Law*, editado por Stephan Schill (Oxford: Oxford University Press, 2010), 156.

¹⁴⁸ Chen, “Precedent and Dialogue”, 56.

o bien por causa de las preferencias ideológicas de los árbitros¹⁴⁹, el resultado fue la interpretación expansiva de los estándares de protección de la inversión, lo cual redundó en la profundización del alcance de las obligaciones asumidas por los Estados. En concreto, se naturalizó de manera paulatina el entendimiento de que los Estados deben respetar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros como parte de la obligación de proveerles un tratamiento acorde con el estándar de TJE.

Empero, a la par que se naturalizaba el trasplante de la doctrina de las expectativas legítimas como subcategoría del contenido normativo del estándar de TJE, algunos tribunales encontraron en el análisis de derecho comparado la manera más eficaz de clarificar e imprimir legitimidad a dicho razonamiento jurídico. El hilo conductor en las decisiones de estos tribunales es que el arbitraje de tratados de inversión se asemeja al proceso de revisión judicial de derecho público, efectuado a nivel nacional mediante mecanismos de adjudicación de naturaleza constitucional o administrativa¹⁵⁰; por consiguiente, el razonamiento analógico basado en el empleo de doctrinas legales de derecho público es una herramienta analítica apropiada para llenar vacíos o resolver ambigüedades interpretativas en el arbitraje de tratados de inversión¹⁵¹. En este contexto, la opinión disidente del árbitro Wälde en el caso *Thunderbird* fue particularmente influyente para dotar de fundamento al empleo de la doctrina de las expectativas legítimas¹⁵².

La controversia en *Thunderbird* involucró a una empresa de capital extranjero que operaba establecimientos de máquinas de juegos de destreza¹⁵³. Antes de iniciar su operación en México, la empresa presentó una solicitud ante el ente regulador, indagando sobre la viabilidad de operar tales máquinas de conformidad a la legislación mexicana. *Thunderbird* entendió, en razón del oficio que la autoridad competente expidió en respuesta a su solicitud, que se le había dado luz verde para avanzar con el proyecto¹⁵⁴. Posteriormente, el ente regulador ordenó la clausura de los establecimientos,

¹⁴⁹ René Uruña, "Of Precedents and Ideology, Lawmaking by Investment Arbitration Tribunals", en *Critical International Law, Postrealism, Postcolonialism and Transnationalism*, editado por Prabhakar Singh y Benoît Mayer (Nueva Delhi: Oxford University Press, 2014): 276-303.

¹⁵⁰ José Álvarez, "Is Investor-State Arbitration 'Public'?", *Journal of International Dispute Settlement* 7, n.º 3 (2016): 535.

¹⁵¹ *Ibid.*, 537.

¹⁵² *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso UNCITRAL, opinión separada de Thomas Wälde, 1 de diciembre del 2005.

¹⁵³ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso UNCITRAL, laudo, 26 de enero del 2006.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 55.

con el argumento de que en ellos se operaban máquinas de juegos de apuestas, lo cual era una actividad prohibida por la normatividad mexicana¹⁵⁵. A través del oficio expedido por el ente regulador, Thunderbird argumentó, citando como autoridad a otros tribunales internacionales de arbitraje, que se configura la responsabilidad internacional del Estado cuando un inversor sufre perjuicios como resultado de una actuación gubernamental contraria a las manifestaciones o representaciones hechas previamente por las autoridades, en las que aquel confía al momento de invertir¹⁵⁶. El tribunal estimó que el oficio no había generado expectativas legítimas en las que el inversor pudiera confiar razonablemente¹⁵⁷, en especial porque la empresa no suministró información precisa sobre las características de las máquinas de destreza que pretendía operar¹⁵⁸.

Sin embargo, el laudo da a entender que el tribunal sí acogió la tesis de que un inversor puede albergar expectativas legítimas a partir de las manifestaciones o representaciones hechas por el Estado receptor; de hecho, el tribunal hizo una descripción de lo que se necesita para que las expectativas legítimas sean objeto de tutela jurídica, con fundamento en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Según el tribunal, cuando la conducta de una parte contratante crea expectativas razonables en la otra parte contratante, quien basa su actuar en dicha conducta, el incumplimiento de las expectativas podrá dar lugar a la obligación de resarcir los perjuicios causados, siempre y cuando la creación de las expectativas sea atribuible al Estado y el inversionista haya podido confiar en ellas de manera razonable¹⁵⁹. No obstante, la explicación del tribunal sobre por qué debían protegerse las expectativas legítimas de los inversionistas se mantuvo anclada al principio de la buena fe y a algunas decisiones recientes de otros tribunales¹⁶⁰.

Por el contrario, en su opinión disidente, el árbitro Wälde propuso una serie de argumentos, fundados en conceptos de derecho público y comparado, encaminados a justificar el empleo de esta doctrina en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión; a la postre, estos argumentos fueron acogidos por otros tribunales, que comenzaron a citarlos como fuente de autoridad. El punto de partida de lo planteado por Wälde es que una perspectiva desde el arbitraje comercial, por el cual son resueltas disputas entre partes

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr.73.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr.138.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr.148.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 151-155.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr.147.

¹⁶⁰ *Ibid.*

privadas, es insuficiente para entender lo que conlleva proteger las expectativas legítimas en el arbitraje de tratados de inversión¹⁶¹. La razón, como se mencionó, es que los árbitros realizan un control sobre el ejercicio del poder regulatorio por parte de las autoridades del Estado receptor, el cual se asemeja en contenido y efectos a la revisión judicial del ejercicio del poder público, que, en el ámbito interno, realizan tribunales de derecho público. Entonces, lo que se busca mediante los AII es lograr una mejor gobernanza del ejercicio del poder público en relación con la inversión extranjera.

Por consiguiente, Wälde llevó a cabo un examen analógico a partir de las posturas existentes en otros sistemas de adjudicación, en los que también se analiza el ejercicio del poder público, en referencia al comportamiento gubernamental contrario a lo que los actores interesados legítimamente podían esperar en vista de las garantías que previamente habían recibido por parte de las autoridades. En concreto, Wälde efectuó un análisis comparado con el sistema europeo para la protección de los derechos humanos, el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y aquello a lo que la opinión disidente se refiere como “sistemas desarrollados de derecho administrativo interno”¹⁶². Según Wälde, para efectos de la protección de las expectativas legítimas en el arbitraje de tratados de inversión, es posible establecer una analogía con el manejo que se la ha dado a tal doctrina en estos foros de adjudicación de asuntos de derecho público, incluso si los contornos de aquella todavía no estaban del todo delineados¹⁶³. Con base en ello, el árbitro concluyó que el estándar de TJE es una subcategoría del TJE que permite especificar el contenido y alcance de las obligaciones que un Estado adquiere para con los inversores, cuando aquel efectúa inesperadamente cambios regulatorios perjudiciales para estos, en contravía de las garantías razonables que la actuación del Estado haya podido generar con respecto a la estabilidad de la política en cuestión. Wälde admite que esto implica lograr un equilibrio entre las necesidades de política pública subyacente y la confianza de los inversores que invierten inducidos por las expectativas generadas por el comportamiento del Estado receptor¹⁶⁴.

En consonancia con lo planteado por Wälde, el tribunal del caso *Total* también adoptó un marco de derecho comparado para explicar por qué la

¹⁶¹ *International Thunderbird c. Estados Unidos Mexicanos*, opinión separada de Thomas Wälde, 1 de diciembre del 2005, 13.

¹⁶² *Ibid.*, 26-45.

¹⁶³ *Ibid.*, 30-31.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 48.

doctrina de las expectativas legítimas encuentra aplicación en relación con el estándar de TJE¹⁶⁵. Específicamente, tras revisar algunos sistemas jurídicos nacionales de derecho público, este tribunal adujo que la doctrina de las expectativas legítimas ofrece un remedio legal a los individuos que sufren daños por causa del comportamiento de una autoridad que cambia su proceder con respecto a la manera en que lo venía haciendo públicamente, a través de decisiones formales o de simples representaciones informales¹⁶⁶. Así, agregó el tribunal, de lo que se trata es de brindar una tutela jurídica frente a posibles actuaciones incoherentes relacionadas con el ejercicio discrecional del poder público¹⁶⁷. Esto revela que la creciente aceptación de la doctrina de las expectativas legítimas, en particular en sistemas nacionales de derecho administrativo, ha proporcionado argumentos a los tribunales para justificar su entendimiento de que dicha doctrina forme parte del estándar de TJE.

En síntesis, el trasplante de las expectativas legítimas al ámbito del arbitraje de tratados de inversión tuvo origen primordialmente en la práctica arbitral. A continuación, se mostrará que también han sido los árbitros quienes, a través de sus decisiones, se han encargado de darle un toque particular a la aplicación de esta doctrina, lo que redundará en una mayor afectación de la autonomía regulatoria del Estado que la que se desprende de la protección que el ordenamiento jurídico colombiano les confiere a las expectativas legítimas.

La jurisprudencia arbitral

Para identificar el alcance que los tribunales internacionales de arbitraje confieren a la protección de expectativas jurídicas como manifestación del TJE, se recurrirá a dos factores: por un lado, al tipo de conducta estatal susceptible de generar expectativas legítimas en cabeza de los inversores; por el otro lado, a la manera en que, en función del tipo de conducta estatal con base en la cual surgen las expectativas legítimas, se establecen límites a la actuación del Estado. En primer orden, las expectativas legítimas pueden originarse en compromisos específicos que los Estados asumen frente a los inversores en los cuales confiaron al momento de invertir¹⁶⁸. Tales

¹⁶⁵ *Total S.A. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/04/1, decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre del 2010.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 137-139.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Potestà, "Legitimate Expectations", 100-110.

compromisos se encuentran, en forma de promesas explícitas, en actos formales como contratos celebrados con inversores foráneos o en comunicaciones dirigidas a ellos¹⁶⁹. Una particularidad en los hechos que suscitaron la controversia en el caso *Masdar* ayuda a ilustrar este aspecto¹⁷⁰.

Dicho caso es uno más en la lista de las múltiples demandas de inversión que han sido instauradas en contra de España con ocasión de los recortes a los beneficios económicos previstos para atraer inversiones hacia el sector de las energías renovables¹⁷¹. En efecto, varios inversores extranjeros que, como *Masdar*, colocaron recursos en plantas generadoras de energías renovables lo hicieron motivados por el programa de subsidios e incentivos creado por el Gobierno español. En particular, dicho programa contemplaba el otorgamiento de tarifas especiales, primadas y de carácter fijo, como forma de retribuir a los productores de energías renovables¹⁷². Además, desde el 2007 se introdujeron ajustes al marco jurídico que los inversores entendieron como una garantía de estabilidad, en el sentido de que las tarifas especiales se mantendrían vigentes durante toda la vida útil de las plantas o instalaciones¹⁷³; sin embargo, los efectos económicos que la crisis financiera global del 2008 produjo en España se reflejaron en un déficit tarifario en el mercado eléctrico nacional. A raíz de esto, el Gobierno español comenzó a reducir en 2010 los beneficios económicos concedidos a los productores de energías renovables y, posteriormente, los derogó como resultado de la expedición de un nuevo régimen regulatorio¹⁷⁴.

Dado el anterior contexto, las controversias de inversión en contra de España, suscitadas por el desmonte de los beneficios económicos a las energías renovables, giran en torno a si los inversores extranjeros podían confiar razonablemente en que aquellos beneficios se mantendrían a lo largo de la vida útil de las plantas. No obstante, en el caso concreto de *Masdar*, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo español le envió al inversor unas cartas en las que se mencionó específicamente que, a pesar de los ajustes

¹⁶⁹ *El Paso c. Argentina*, párr. 376.

¹⁷⁰ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/14/1, laudo, 16 de mayo del 2018.

¹⁷¹ Amélie Noilhac, "Renewable Energy Investment Cases Against Spain and the Quest for Regulatory Consistency", *Questions of International Law, Zoom-in* 71 (2020): 24, <http://www.qil-qdi.org/renewable-energy-investment-cases-against-spain-and-the-quest-for-regulatory-consistency/>.

¹⁷² *9REN Holding S.à.r.l. c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/15/15, laudo, 31 de mayo del 2019, párr. 70.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párrs. 106 y 102.

al marco jurídico, sus instalaciones continuarían gozando de los beneficios económicos durante el resto de su vida útil¹⁷⁵. Pero las expectativas legítimas no solo surgen de las promesas explícitas contenidas en actuaciones formales del Estado. Así, el tribunal del caso *United Utilities* manifestó que las expectativas legítimas pueden derivarse de garantías implícitas que se desprenden de actuaciones informales de un Estado, en las que un inversor puede confiar razonablemente¹⁷⁶. En esta línea de análisis, el tribunal del caso *El Paso* mencionó que una reunión de negocios puede dar pie al surgimiento de expectativas legítimas¹⁷⁷.

En cualquier caso, la clave estriba en la especificidad del compromiso establecido por el acto o pronunciamiento estatal. Según el tribunal de *El Paso*, un compromiso es específico cuando su contenido preciso supone otorgar al inversor una garantía efectiva de estabilidad jurídica¹⁷⁸. Sin embargo, de acuerdo con este mismo tribunal, en determinadas circunstancias, los actos o declaraciones de carácter general, llevados a cabo de manera reiterada por el Estado, pueden engendrar compromisos específicos que le otorguen al inversor una garantía en la cual pueda confiar justificadamente¹⁷⁹. Así, en *Antin*, otro de los casos instaurados en contra de España referente a las energías renovables, el tribunal concluyó que una disposición de carácter general y abstracto —dado el grado de precisión y detalle del lenguaje empleado en ella— permitía inferir que los beneficios económicos concedidos a las plantas de generación de energía se mantendrían durante toda su vida útil¹⁸⁰.

En consecuencia, la especificidad puede entenderse en términos de individualización, esto es, cuando el acto o pronunciamiento del Estado va dirigido a un inversor en concreto; pero también en términos de objeto, es decir, cuando dicho acto o pronunciamiento, a pesar de ser general o abstracto, tiene un contenido tal que conduzca a inferir razonablemente la asunción de una promesa o compromiso por parte del Estado¹⁸¹. Recapitulando, las promesas o compromisos que, de manera clara y específica, se desprenden de los actos y pronunciamientos de un Estado, sean estos formales

¹⁷⁵ *Masdar c. España*, párrs. 518-520.

¹⁷⁶ *United Utilities (Tallinn) B.V. & Aktsiaselts Tallinna Vesi c. República de Estonia*, caso CIADI n.º ARB/14/24, laudo, 21 de junio del 2019, párr. 576.

¹⁷⁷ *El Paso c. Argentina*, párr. 376.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 377.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energía Termosolar B.V. c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/13/31, laudo, 15 de junio del 2018, párrs. 549-552.

¹⁸¹ Potestà, "Legitimate Expectations", 105.

o informales, individualizados o generalizados, son fuente de expectativas legítimas. No obstante, es necesario considerar qué tan razonable es la confianza que el inversor ha depositado en tales promesas o compromisos con carácter específico¹⁸².

Al respecto, el tribunal del caso *Isolux* manifestó que la razonabilidad de las expectativas alegadas por un inversor guarda relación con la información que este debe recabar al momento de invertir acerca del marco jurídico por el cual será regida su inversión¹⁸³. Así, si bien no se puede exigir a los inversores que lleven a cabo una investigación jurídica exhaustiva, se espera que actúen con prudencia¹⁸⁴. De igual manera, en *Duke Energy* el tribunal adujo que es necesario tener en cuenta las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor¹⁸⁵. En consecuencia, puede hablarse de una línea jurisprudencial según la cual los inversores tienen el deber de obrar con diligencia, en función del cual se determina la razonabilidad de sus expectativas¹⁸⁶.

Considerando lo anterior, es posible afirmar, en principio, que el alcance de la protección legal de las expectativas legítimas en el arbitraje internacional de inversiones, cuando estas tienen origen en compromisos específicos, tiene similitud con la tutela jurídica que se confiere en el derecho colombiano. En efecto, cabe recordar que, según la Corte Constitucional, las expectativas legítimas tienen origen en actos específicos y reiterados del Estado, los cuales inducen a un inversionista a invertir de buena fe¹⁸⁷. Por ello, aunque la protección de las expectativas legítimas supone un límite para la actividad de las autoridades, esto encuentra justificación en la importancia de que las autoridades actúen con lealtad cuando han hecho creer inequívocamente a los particulares que procederían de cierta manera o que mantendrían una determinada línea de actuación en el tiempo.

No obstante, el mayor grado de protección del cual gozan las expectativas legítimas en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión, y que redundaría en una mayor afectación del espacio regulatorio, se da como resultado de que, según múltiples tribunales, las expectativas legítimas también

¹⁸² *UAB E Energija (Lithuania) c. Republica de Letonia*, caso CIADI n.º ARB/12/33, laudo, 22 de diciembre del 2017, párr. 835.

¹⁸³ *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, arbitraje scc v2013/153, laudo, 12 de julio del 2016, párr. 781.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Republica de Ecuador*, caso CIADI n.º ARB/04/19, laudo, 18 de agosto del 2008, párr. 340.

¹⁸⁶ Jorge Viñuales, "Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments", *ICSID Review* 32 n.º 2 (2017): 362.

¹⁸⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 2015.

pueden formarse a partir del marco jurídico general vigente al momento en el que se realizó la inversión¹⁸⁸. En este escenario, como se expone a continuación, las expectativas de los inversores no se conciben en función de las promesas o compromisos específicos que pueda contener dicho marco jurídico, sino en la creencia de los inversores de que la normatividad permanecerá estable o que el Estado seguirá determinadas pautas de buen gobierno en caso de introducir cambios; pautas que se desprenden directamente del razonamiento de los árbitros y producen un efecto disciplinante sobre la actividad de las autoridades.

En situaciones en las que se alega, es decir, en ausencia de compromisos específicos asumidos por parte del Estado y donde las expectativas legítimas tienen sustento en disposiciones generales y abstractas¹⁸⁹, los tribunales internacionales de arbitraje han desarrollado dos líneas jurisprudenciales sobre el alcance de la estabilidad que un inversor puede esperar con respecto a dicho marco¹⁹⁰, es decir, visto desde el ángulo del Estado, la medida en la que un inversor puede esperar que el marco legal que lo regula no será objeto de cambios después de haber realizado la inversión.

La primera línea jurisprudencial apunta a la estabilidad absoluta del marco jurídico, de manera que cualquier cambio regulatorio, independiente de la razón o justificación para su adopción, defraudará la expectativa de estabilidad que albergan los inversores y, por consiguiente, infringirá el estándar de TJE¹⁹¹. Si bien los tribunales ya no siguen esta postura, hubo varios que sí la adoptaron hace unos años con base en la lectura exegética de los preámbulos de ciertos AII que consagran la importancia de ofrecer a las inversiones protegidas un marco jurídico estable y predecible¹⁹². El problema con esta postura era que virtualmente equiparaba la tutela jurídica de las expectativas legítimas con la obligación de petrificar el marco jurídico, coartando así la autonomía regulatoria estatal. Sin embargo, posiblemente en respuesta a la crisis de legitimidad que el régimen internacional de tratados de inversión viene experimentando durante más de una década, los tribunales articularon una segunda línea jurisprudencial, cuyo punto de partida es reafirmar el derecho soberano a regular, en particular en atención a que los

¹⁸⁸ *Total c. Argentina*, párr. 122.

¹⁸⁹ Bonnitcha, "Substantive Protection", 185-187.

¹⁹⁰ Federico Ortino, "The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?", *Journal of International Economic Law* 21, n.º 4 (2018): 848.

¹⁹¹ *Ibid.*, 850-854.

¹⁹² *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/08, laudo, 12 de mayo del 2005, párr. 274.

inversores no pueden esperar razonablemente que la doctrina de las expectativas legítimas implique petrificar el marco jurídico¹⁹³. Por el contrario, a falta de un compromiso específico de estabilidad, le incumbe al inversor anticipar que se producirán cambios normativos a los que deberá adaptarse¹⁹⁴.

Dado que en esta segunda línea jurisprudencial se tiene en consideración el derecho soberano a regular, los tribunales manifiestan, al momento de examinar la conducta estatal bajo el lente del estándar de TJE, la necesidad de balancear las expectativas legítimas de los inversores frente a los intereses legítimos de política pública a los que está orientada la actividad regulatoria estatal¹⁹⁵. En este contexto, los tribunales se refieren cada vez con mayor frecuencia a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas regulatorias adoptadas por los Estados como factores determinantes de la compatibilidad entre el ejercicio de la potestad regulatoria y el estándar de TJE bajo el cual se amparan las legítimas expectativas de los inversionistas¹⁹⁶. No obstante, como se explica a continuación, en el arbitraje de tratados de inversión los conceptos de razonabilidad o proporcionalidad, más que una herramienta analítica como la utilizada en el derecho constitucional para decidir conflictos entre intereses socialmente valiosos, son la manera en que los tribunales se refieren a lo que ellos consideran extralimitaciones al momento de modificar el marco jurídico que regula la inversión¹⁹⁷.

Varias de las decisiones proferidas con ocasión de las demandas suscitadas en el sector español de las energías renovables ilustran este aspecto. En el caso *Charanne*, el tribunal dictaminó que los inversionistas tienen la expectativa legítima de que, al modificar el marco jurídico, el Estado no actuará de manera irrazonable o desproporcionada¹⁹⁸. En concreto, los inversionistas albergan la expectativa de que la actuación del Estado no será incompatible con un criterio de “razonabilidad económica”¹⁹⁹, ni suprimirá de manera imprevisible o repentina las “características esenciales” del marco legal vigente²⁰⁰. Por su parte, el tribunal del caso *Eiser*, además

¹⁹³ *Total c. Argentina*, párr. 120.

¹⁹⁴ *United Utilities c. Estonia*, párr. 575.

¹⁹⁵ *Saluka c. Chequia*, párr. 306.

¹⁹⁶ *El Paso c. Argentina*, párrs. 365-374.

¹⁹⁷ Rafael Tamayo-Álvarez, “The Production of Knowledge Through Legal Discourse in International Investment Law: Connecting State Identity with the Signature and Reform of Investment Treaties” (tesis de doctorado, Universidad de los Andes, 2018), 135.

¹⁹⁸ *Charanne B. V. and Construction Investments S.a.r.l. c. Reino de España*, caso scc n.º 062/2012, laudo, 21 de enero del 2016, párr. 514.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 513.

²⁰⁰ *Ibid.*, párr. 517.

de reiterar que el TJE implica la obligación de mantener las “características fundamentales” del marco regulatorio con base en las cuales se realizó la inversión, dictaminó que dicho marco tampoco puede alterarse de forma drástica, pues ello afectaría a los inversionistas que confiaron en el valor que este les confería a sus inversiones²⁰¹. Asimismo, en el caso *Novenergia* el tribunal concluyó que, por el hecho de haber modificado el marco legal que establecía beneficios económicos para las plantas productoras de energías renovables, España excedió el “margen aceptable” dentro del cual debe estar enmarcada la actividad regulatoria, alterando por completo el entorno legal y de negocios en el que el inversor planeó su inversión²⁰².

La idea de que hay un margen aceptable de cambios regulatorios que el inversor toma en cuenta al momento de invertir fue introducida por el tribunal del caso *El Paso*²⁰³, pero ha sido acogida por diversos tribunales internacionales de arbitraje²⁰⁴. Esta idea plantea que determinadas creencias de los inversores delimitan una zona a prueba de cambios regulatorios que una posterior intervención del Estado no debe sobrepasar. Así, los árbitros cambiaron la exigencia de estabilidad estricta del marco legal por un requerimiento de coherencia normativa, entendido como el mantenimiento de las características del marco jurídico que los inversores perciben como esenciales²⁰⁵.

En efecto, el tribunal del caso *InfraRed* manifestó que los inversores tienen una expectativa legítima de consistencia, por la cual esperan que el Estado no introduzca cambios regulatorios que impliquen despojar al marco jurídico existente de sus características fundamentales²⁰⁶. Este tribunal manifestó que la expectativa de consistencia existe aun cuando el Estado no asumió un compromiso específico en tal sentido, y que, si bien de por medio puede haber un objetivo legítimo de política pública, esto no es excusa para que el marco jurídico sea alterado radicalmente²⁰⁷.

Además, algunos tribunales tienen en cuenta la intensidad del impacto económico de la medida regulatoria sobre la inversión como criterio para determinar si aquella puede catalogarse como razonable, proporcionada, o si se

²⁰¹ *Eiser Infrastructure Ltd. c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/13/36, laudo, 4 de mayo del 2017, párrs. 382-383.

²⁰² *Novenergia II-Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. Reino de España*, caso SCC n.º 2015/063, laudo arbitral final, 15 de febrero del 2018, párr. 695.

²⁰³ *El Paso c. Argentina*, 401.

²⁰⁴ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde c. República Checa*, caso UNCITRAL, PCA n.º 2014-01, laudo, 2 de mayo del 2018, párr. 360.

²⁰⁵ Noilhat, “Renewable Energy Investment Cases”, 28.

²⁰⁶ *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/14/12, laudo, 2 de agosto del 2019, párr. 366.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 368.

mantuvo dentro del margen aceptable de cambios regulatorios. El tribunal del caso *SolEs Badajoz* encontró que los cambios normativos efectuados por España fueron desproporcionados, ya que tuvieron un impacto tan severo en el valor de la inversión que excedía lo que un inversionista prudente podía haber anticipado a la luz del marco legal existente²⁰⁸. Por su parte, el tribunal de *Cube Infrastructure* también dictaminó que España infringió el estándar de TJE, porque el desmonte de las concesiones a las energías renovables significó un cambio fundamental de las condiciones económicas en las que se realizó la inversión²⁰⁹. En otro escenario, un tribunal encontró que la introducción de exigencias de etiquetado para productos de tabaco no estuvo por fuera del margen aceptable de cambios, porque su efecto sobre la actividad comercial del inversor fue limitada y, por consiguiente, no se modificó la estabilidad del marco jurídico²¹⁰. Bajo esta lógica, se infiere que Uruguay habría infringido el TJE si la medida regulatoria, a pesar de propender a la salud pública, hubiera generado un efecto económico significativo sobre los intereses del inversor.

Balance de semejanzas y diferencias

A continuación, se realizará un breve comparativo entre la forma de aplicar la doctrina de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión. En efecto, las secciones precedentes pusieron de relieve la existencia tanto de semejanzas como de diferencias en referencia a la protección de las expectativas legítimas en cada uno de estos ámbitos de regulación. Como punto en común, encontramos que en ambos contextos la frustración de las expectativas legítimas es fuente de responsabilidad estatal; asimismo, que las expectativas deben ser razonables, lo cual significa que su formación se establece principalmente a partir de comportamientos objetivos de las autoridades. Otra similitud para destacar es que, así como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado que la protección de las expectativas legítimas no connota la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, los tribunales internacionales de arbitraje manifiestan de forma habitual que la protección de las expectativas

²⁰⁸ *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/15/38, laudo, 31 de julio del 2019, párr. 462.

²⁰⁹ *Cube Infrastructure Fund. SICAV y otros c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/15/20, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y decisión parcial sobre cuantía, 19 de febrero del 2019, párr. 473.

²¹⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, caso CIADI n.º ARB/10/7, laudo, 8 de julio del 2016, párrs. 433-434.

legítimas por conducto del estándar de TJE tampoco significa que el marco jurídico sea inmodificable.

Sin embargo, de las decisiones arbitrales se desprende una serie de cualificaciones sustantivas y procedimentales sobre cómo deben introducirse los cambios al marco jurídico y en qué medida. Así, la particularidad con que se aplica la doctrina de las expectativas legítimas en el arbitraje de tratados de inversión es servir de medio para el disciplinamiento del ejercicio del derecho soberano a regular; en esto radica la principal diferencia con el derecho colombiano. En efecto, mientras que en este la protección de las expectativas legítimas se circunscribe a situaciones relacionadas con actos específicos de un Estado, los cuales inducen a que un particular asuma de buena fe un determinado comportamiento, en el arbitraje de tratados de inversión la protección se extiende a situaciones relacionadas con disposiciones normativas generales y abstractas llamadas a regular la actividad económica del inversor. El resultado de esto es que, mientras que en el derecho colombiano la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas significa que las autoridades obren con lealtad cuando su comportamiento les hizo creer a los particulares que cualquier actuación futura sería consistente con sus actuaciones pasadas, en el arbitraje de tratados de inversión significa establecer límites a la capacidad del Estado para intervenir con fines regulatorios en la actividad económica de los inversores.

En tal sentido, en el derecho colombiano la aplicación de la doctrina busca que se proteja al ciudadano, en particular en clave de garantizarle sus derechos fundamentales, frente a cambios abruptos e intempestivos en el comportamiento estatal. De ahí que la principal consecuencia sea exigirle al Estado que proporcione mecanismos de adaptación que le permitan al ciudadano adecuarse a la nueva realidad jurídica. En el arbitraje de tratados de inversión, en cambio, la doctrina puede llegar al punto de imponerle al Estado la obligación de indemnizar al inversor por los efectos económicos adversos que le produce la modificación del marco jurídico.

De esta manera, la doctrina de las expectativas legítimas es funcional a la lógica neoliberal, que informa los procesos que se suscitan dentro del régimen internacional de tratados de inversión²¹¹. Esta lógica se caracteriza por tener una mirada funcionalista del acto de invertir, el cual se concibe como una actividad que maximiza la riqueza, pero también del efecto derrame que se le atribuye a tal maximización de la riqueza, de la cual se espera que genere desarrollo económico. Todo esto implica que el Estado debe crear condiciones para el correcto funcionamiento del mercado, absteniéndose de

²¹¹ Tamayo-Álvarez, "The Production of Knowledge", 114.

tomar medidas que desestimen la actividad económica²¹². En este sentido, a través de la doctrina de las expectativas legítimas los tribunales se han abrogado la autoridad para determinar, procedimental y sustantivamente, los parámetros a los que deberá ceñirse la intervención del Estado en la economía. La tabla 7.1 condensa los hallazgos de este estudio comparado entre el derecho colombiano y el arbitraje de tratados de inversión en referencia a la doctrina de las expectativas legítimas.

TABLA 7.1. Resumen del análisis comparado de la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas en el derecho colombiano y en el arbitraje de tratados de inversión

Criterio comparativo	Derecho colombiano	Arbitraje de inversiones
¿La frustración de las expectativas legítimas es fuente de responsabilidad del Estado?	Sí. Las expectativas legítimas son uno de los intereses que están amparados por el principio de la confianza legítima. A su vez, la defraudación de la confianza legítima es un título autónomo de responsabilidad patrimonial del Estado.	Sí. La defraudación de las expectativas legítimas constituye una infracción del estándar de trato justo y equitativo y es uno de los criterios que deben tenerse en cuenta al establecer si se ha producido una expropiación indirecta.
¿Las expectativas protegidas deben ser razonables?	Sí. Se derivan de actos objetivos del Estado.	Sí. Un inversor debe conocer el contexto regulatorio en el cual invierte.
¿La frustración de las expectativas legítimas necesariamente se traduce en una obligación de indemnizar?	No. El remedio está orientado a que el Estado ofrezca mecanismos de adecuación y adaptación. Además, la compensación, en todo caso, deberá ser proporcional a qué tan próximo se encontraba el derecho de su realización.	Sí. Cuando la actuación del Estado crea y posteriormente defrauda expectativas legítimas, surge en cabeza de aquel la obligación de compensar.
¿Se reconoce la protección de las expectativas legítimas frente a cambios generales de política pública?	No. Las disposiciones regulatorias de carácter general y abstracto no originan expectativas legítimas.	Sí. Los inversores albergan la expectativa de que el marco jurídico conforme al cual se invierte se mantenga incólume frente a cierto tipo de cambios que los árbitros describen mediante el uso de adjetivos como drástico, radical, irrazonable o desproporcionado.

Fuente: elaboración propia.

²¹² David Schneiderman, "Constitutional Property Rights and Elision of the transnational: Foucauldian Misgivings", *Social & Legal Studies* 24, n.° 1 (2015): 65-87.

CONCLUSIONES

Dado que el estudio comparado efectuado confirmó que en el arbitraje de tratados de inversión la aplicación de la doctrina de las expectativas legítimas reviste algunas particularidades que resultan ser más favorables para el capital extranjero, es pertinente formular una explicación, a modo de conclusión, del porqué esto es así. Para tal efecto, se profundizará en el análisis de la función que dicha doctrina cumple en el arbitraje de tratados de inversión.

Lo primero es tener presente que el contenido de los derechos de propiedad en un sistema legal suele ser indeterminado, porque, entre otras razones, existen diferentes concepciones de propiedad²¹³. Por lo tanto, es necesario dar alcance a los derechos de propiedad, lo que generalmente implica recurrir a mecanismos de adjudicación de derecho público para resolver las tensiones entre la propiedad privada y el interés público, al tiempo que se confrontan las distintas visiones políticas, económicas y normativas sobre la función de la propiedad²¹⁴. Así, en el arbitraje de tratados de inversión, los árbitros son quienes asumen el papel de sustanciar o especificar el contenido y alcance de los derechos de propiedad de los inversores extranjeros²¹⁵.

No obstante, cabe destacar que en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión prevalece cierta manera de concebir el orden social, según la cual las sociedades se benefician cuando están dadas las condiciones de posibilidad para la maximización de la riqueza²¹⁶. Además, tradicionalmente se ha creído que los inversores extranjeros, y en general las fuerzas del mercado, tienen la capacidad de hacer un uso más eficiente de los recursos, generando un crecimiento económico que redundará en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas²¹⁷. Sobre esta creencia, la cual constituye uno de los principios fundantes del régimen internacional de tratados de inversión²¹⁸, se ha erigido la narrativa de que el nivel de protección legal

²¹³ Nicolás Perrone, "The Emerging Global Right to Investment: Understanding the Reasoning behind Foreign Investor Rights", *Journal of International Dispute Settlement* 8, n.º 4 (2017): 674.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*, 676.

²¹⁶ *Ibid.*, 679.

²¹⁷ *Ibid.*, 682.

²¹⁸ Jeswald Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010): 448.

que proporcionan los AII propicia la afluencia de capital extranjero²¹⁹. Así, en este contexto de significado socialmente compartido en el que opera el régimen internacional de tratados de inversión, donde el paradigma de desarrollo económico se encuentra ligado a la acumulación privada de la riqueza, la actividad del Estado se valora en la medida en que facilite el correcto funcionamiento del mercado²²⁰.

Lo esencial entonces es permitirles a los inversionistas, en tanto sujetos que buscan maximizar su utilidad, realizar un cálculo racional del uso que se puede hacer de una inversión y los beneficios que dicho uso reportará²²¹; en otras palabras, que la planeación estratégica de las operaciones de negocios esté amparada por la seguridad jurídica. Por ello, algunos tribunales internacionales de arbitraje han considerado que la realización del plan de inversión del inversionista tiene relevancia en tanto fuente de expectativas legítimas²²². En consecuencia, tal como lo señala Perrone, las expectativas legítimas se protegen en función de la manera en que el inversor extranjero conciba los usos que puede hacer de un recurso²²³.

Sin embargo, al poner el foco de atención en la manera en que un inversionista concibe su proyecto de inversión, se corre el riesgo de que los Estados generen expectativas legítimas de forma constante, incluso sin ser conscientes de ello²²⁴. Además, el eje del proceso de sustanciación de los derechos de propiedad de los inversores será las creencias albergadas por aquellos que surgen a partir de la manera en que se entiende el sentido o alcance de un amplio espectro de actuaciones o pronunciamientos del Estado²²⁵. Así, la doctrina de las expectativas legítimas tiene como efecto elevar ese gran espectro de actuaciones o pronunciamientos estatales, incluidas las disposiciones generales y abstractas que integran el marco jurídico, a la categoría de compromisos específicos que engendran derechos en cabeza del capital extranjero²²⁶; por consiguiente, la verdadera función de

²¹⁹ Jeswald Salacuse y Nicholas Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal* 66, n.º 1 (2005): 111.

²²⁰ Schneiderman, "Constitutional Property Rights", 73.

²²¹ Salacuse, "The Emerging Global Regime", 449.

²²² Bonnitich, "Substantive Protection", 190-194.

²²³ Nicolás Perrone, "Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 9 (2016): 290.

²²⁴ Perrone, "The Emerging Global Right", 690.

²²⁵ Perrone, "Los derechos de los inversores", 290.

²²⁶ *Ibid.*, 291.

tal doctrina es servir de medio para amplificar los derechos de propiedad de los inversores foráneos.

En efecto, dado que la fórmula de las expectativas legítimas conduce a definir o clarificar expansivamente el contenido o alcance del derecho de propiedad de los inversores extranjeros, también se expande, de forma correlativa, el ámbito de no interferencia estatal con respecto a tales derechos²²⁷. Visto desde el ángulo del Estado, esto significa reducir el margen de actuación en el que aquel puede regular sin verse obligado a compensar a los inversores extranjeros que hayan sido afectados. Como acertadamente lo expone Perrone, a mayor alcance del derecho de propiedad de un inversor, mayores serán los límites que la exigencia de no interferir con dicho derecho le imponen al poder soberano del Estado receptor²²⁸. Por consiguiente, la fórmula de las expectativas legítimas no solo ofrece un punto de vista para establecer el contenido del derecho de propiedad de los inversores, sino también para fijar límites a la actividad del Estado²²⁹.

Lo anterior guarda relación con que, a través de sus decisiones, los árbitros contribuyan a definir el papel que el Estado debe tener en la sociedad²³⁰. Tal proceso está influenciado por una lógica neoliberal, reflejada en la forma en que los tribunales internacionales de arbitraje conciben a la actuación estatal como subordinada a criterios de eficiencia y eficacia²³¹. Desde esta óptica, corresponde al Estado desempeñar un papel activo en la creación de las condiciones requeridas para el correcto funcionamiento de los mercados. Así, toda intervención del Estado en la actividad económica debe estar encaminada a facilitar aquello que genera valor. De ahí entonces que los tribunales internacionales de arbitraje se valgan de la doctrina de las expectativas legítimas para asegurarse de que los cambios de política se realicen de tal modo que no se vean afectados los cálculos racionales que han realizado los inversores, en tanto sujetos generadores de riqueza.

Por las razones expuestas, la explicación de por qué en el arbitraje de tratados de inversión se protegen en mayor grado las expectativas legítimas guarda relación con factores que sobrepasan lo estrictamente normativo, es decir, el problema no es la doctrina en sí misma, sino la lógica o finalidad con la que ha sido empleada por los árbitros. En particular, la mayor

²²⁷ Perrone, "The Emerging Global Right", 675.

²²⁸ *Ibid.*, 674.

²²⁹ Schneiderman, "Constitutional Property Rights", 76.

²³⁰ Todd Tucker, *Judge Knot: Politics and Development in International Investment Law* (Londres: Anthem Press, 2018), 68-78.

²³¹ Tamayo-Álvarez, "The Production of Knowledge", 114.

protección es resultado de las creencias que tradicionalmente han informado las prácticas que se suscitan al interior del régimen de tratados de inversión, y es funcional al proyecto político de producción de estándares de buen gobierno con el que se encuentran alineados los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 7 de julio del 2014. <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.
- Álvarez, José. "Is Investor-State Arbitration 'Public'?" *Journal of International Dispute Settlement* 7, n.º 3 (2016): 534-576.
- Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde c. República Checa*. Caso UNCITRAL, PCA n.º 2014-01, laudo, 2 de mayo del 2018.
- Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energía Termosolar B. V. c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/13/31, laudo, 15 de junio del 2018.
- Bonnitcha, Jonathan. *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. c. Reino de España*. Caso SCC n.º 062/2012, laudo, 21 de enero del 2016.
- Chen, Richard. "Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration". *Harvard International Law Journal* 60, n.º 1 (2019): 47-94.
- CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/01/08, laudo, 12 de mayo del 2005.
- Congreso de la República. Ley 6, 15 de noviembre de 1972. *Diario Oficial* 33750.
- Ley 14, 29 de enero de 1991. *Diario Oficial* 39651.
- Ley 335, 20 de diciembre 1996. *Diario Oficial* 42946.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001. C.P. Jesús María Carillo Ballesteros.
- Consejo de Estado, Subsección B. Sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 27228. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Sentencia del 31 de agosto del 2015, rad. 22637. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Subsección C. Sentencia del 16 de febrero del 2017, rad. 34928. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-350, 29 de julio de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-350-97.htm>
- Sentencia C-131, 19 de febrero del 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>
- Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia SU-390, 19 de mayo de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>
- Sentencia T-291, 23 de abril del 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.
- Sentencia T-472, 16 de julio del 2009. M.P. Jorge Iván Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-472-09.htm>
- Sentencia T-424, 4 de julio del 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Sentencia T-736, 30 de noviembre del 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia T-453, 22 de noviembre del 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.
- Cube Infrastructure Fund. SICAV y otros c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/15/20, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y decisión parcial sobre cuantía, 19 de febrero del 2019.
- De Brabandere, Eric. “States’ Reassertion of Control over International Investment Law: (Re)Defining ‘Fair and Equitable Treatment’ and ‘Indirect Expropriation’”. En *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, editado por Andreas Kulick, 285-308. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Douglas, Zachary. “Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex”. *Arbitration International* 22, n.º 1 (2006): 27-52.
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Republica de Ecuador*. Caso CIADI n.º ARB/04/19, laudo, 18 de agosto del 2008.
- Eiser Infrastructure Ltd. c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/13/36, laudo, 4 de mayo del 2017.
- El Paso Energy International Company c. La República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/03/15, laudo, 31 de octubre del 2011.
- Electrabel S.A. c. República de Hungría*. Caso CIADI n.º ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre del 2012.
- Gaukrodger, David, “Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties: The limitation of Fair and Equitable Treatment Provisions to the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law”. *OECD Working Papers on International Investment*, n.º 2017/03 (2017): 1-67. <https://doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

- InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/14/12, laudo, 2 de agosto del 2019.
- International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso UNCITRAL, laudo, 26 de enero del 2006.
- International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso UNCITRAL, separate opinion of Thomas Walde, 1 de diciembre del 2005.
- Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*. Arbitraje scc v2013/153, laudo, 12 de julio del 2016.
- Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/14/1, laudo, 16 de mayo del 2018.
- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto del 2000.
- Noilhac, Amélie. “Renewable Energy Investment Cases Against Spain and the Quest for Regulatory Consistency”. *Questions of International Law, Zoom-in* 71 (2020): 21-39. <http://www.qil-qdi.org/renewable-energy-investment-cases-against-spain-and-the-quest-for-regulatory-consistency/>.
- Novenergia II-Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. Reino de España*. Caso scc n.º 2015/063, laudo arbitral final, 15 de febrero del 2018.
- Ortino, Federico. “The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?”. *Journal of International Economic Law* 21, n.º 4 (2018): 845-886.
- Ostránský, Josef. “An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard”. En *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, editado por Andrea Gattini, Attila Tanzi y Filippo Fontanelli, 344-377. Leiden: Brill y Nijhoff, 2018.
- Perrone, Nicolás. “Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 9 (2016): 273-308.
- Perrone, Nicolás. “The Emerging Global Right to Investment: Understanding the Reasoning behind Foreign Investor Rights”. *Journal of International Dispute Settlement* 8, n.º 4 (2017): 673-694.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*. Caso CIADI n.º ARB/10/7, laudo, 8 de julio del 2016.
- Pohl, Joachim. “Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión: Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos

- disponibles". *OECD Working Papers on International Investment*, n.º 2018/01 (2018): 1-89. <https://doi.org/10.1787/3d753f20-es>.
- Potestà, Michele. "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept". *ICSID Review* 28, n.º 1 (2013): 88-122.
- Roberts, Anthea. "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System". *American Journal of International Law* 107, n.º 1 (2013): 45-94.
- Salacuse, Jeswald. "The Emerging Global Regime for Investment". *Harvard International Law Journal* 51 n.º 2 (2010): 427-473.
- Salacuse, Jeswald y Nicholas Sullivan. "Do BITS Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain". *Harvard International Law Journal* 46, n.º 1 (2005): 67-130.
- Saluka Investments B.V. c. República Checa*. Caso UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo del 2006.
- Schill, Stephan. "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law". En *International Investment Law and Comparative Public Law*, editado por Stephan Schill, cap. 5. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schneiderman, David. "Constitutional Property Rights and Elision of the Transnational: Foucauldian Misgivings". *Social & Legal Studies* 24, n.º 1 (2015): 65-87.
- SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*. Caso CIADI n.º ARB/15/38, laudo, 31 de julio del 2019.
- Tamayo-Álvarez, Rafael. "Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty". *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 471-478.
- "The Production of Knowledge Through Legal Discourse in International Investment Law: Connecting State Identity with the Signature and Reform of Investment Treaties". Tesis de doctorado, Universidad de los Andes, 2018.
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo del 2003.
- Tienhaara, Kyla. "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science". En *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, editado por Chester Brown y Kate Miles, 606-627. Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
- Total S.A. c. República Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/04/1, decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre del 2010.
- Tucker, Todd. *Judge Knot: Politics and Development in International Investment Law*. Londres: Anthem Press, 2018.

UAB E energija (Lithuania) c. Republica de Letonia. Caso CIADI n.º ARB/12/33, laudo, 22 de diciembre del 2017.

United Utilities (Tallinn) B.V. & Aktsiaselts Tallinna Vesi c. República de Estonia. Caso CIADI n.º ARB/14/24, laudo, 21 de junio del 2019.

Urueña, René. "Of Precedents and Ideology, Lawmaking by Investment Arbitration Tribunals". En *Critical International Law, Postrealism, Postcolonialism and Transnationalism*, editado por Prabhakar Singh y Benoît Mayer, 276-303. Nueva Delhi: Oxford University Press, 2014.

Urueña, René y María Angélica Prada-Urbe. "Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto". *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, n.º 2019-05 (2019): 1-57. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331056>.

Viñuales, Jorge. "Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments". *ICSID Review* 32, n.º 2 (2017): 346-370.

9REN Holding S.à.r.l. c. Reino de España. Caso CIADI n.º ARB/15/15, laudo, 31 de mayo del 2019.

El divorcio entre las fuentes del derecho internacional y la Corte Constitucional: una crítica a la Sentencia C-252 del 2019*

Rafael Rincón Ordóñez

INTRODUCCIÓN

El 6 de junio del 2019, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-252 del 2019^[1], en virtud de la cual decidió la constitucionalidad de la Ley 1840, mediante la que se aprobó el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito entre los gobiernos de las repúblicas de Colombia y Francia (en adelante, el Acuerdo) en Bogotá, el 10 de junio del 2014.

Dicha sentencia fue proferida luego de un amplio debate auspiciado por la Corte entre académicos, entidades gubernamentales y la ciudadanía en general. Este fue un paso importante que debe destacarse, y la Corte merece un reconocimiento especial por involucrar a la sociedad civil en el marco de este proceso deliberativo. Agotado el debate, y en ejercicio del control material y formal previsto en el numeral 10.º del artículo 241 de la Constitución, la Sentencia C-252 del 2019 resolvió declarar exequible el Acuerdo, por estimar que sus finalidades y sus textos se ajustaban a la carta. A la hora de analizar la constitucionalidad de las disposiciones concretas

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.588>. El autor agradece la invaluable colaboración de Nicolás Caballero Hernández y Daniel Currea Moncada en la preparación de su escrito, así como los comentarios del Dr. Sebastián Mantilla-Blanco. Por supuesto, el contenido del artículo es responsabilidad exclusiva de su autor.

¹ Publicada efectivamente el 27 de junio del mismo año, según constancia de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

del Acuerdo, la Corte condicionó la exequibilidad de varias expresiones contenidas en ellas. Para hacerlo, la Corte evaluó y luego varió su posición jurisprudencial sobre el alcance del control de constitucionalidad que había establecido a la hora de conocer las leyes aprobatorias de los demás tratados bilaterales de inversión (TBI) y de los tratados con capítulos de inversión suscritos por Colombia.

La fórmula adoptada por la Corte Constitucional para superar las interpretaciones inconstitucionales de ciertas expresiones empleadas en las disposiciones del Acuerdo fue la de advertirle al presidente de la República que, antes de ratificar el Acuerdo, debía adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción, conjuntamente con el Gobierno francés, de una declaración interpretativa, en la que se definieran ciertos contenidos normativos. Esa declaración conjunta fue efectivamente suscrita por ambos gobiernos el cinco de agosto del 2020.

La Sentencia C-252 del 2019 ha generado un importante debate académico sin precedentes. El balance ha estado dividido: en algunos casos, se ha ponderado la nueva posición de la Corte por considerarla acertada, en la medida en que el ordenamiento jurídico colombiano se ha blindado respecto de contenidos normativos demasiado abiertos. De conformidad con otras posturas, se sostiene que la Corte pudo haberse extralimitado de sus funciones y se inmiscuyó en las que eran propias del presidente, en su calidad de director de las relaciones internacionales.

Este capítulo se concentrará en analizar específicamente las discusiones alrededor de la exequibilidad condicionada del artículo 4.º del Acuerdo, el cual consagró, bajo el título de *estándar mínimo de trato* (EMT), protecciones relativas al *trato justo y equitativo* (TJE) y a la *protección y seguridad plenas* (PSP) que se le otorgan a inversionistas e inversiones protegidas.

En particular, es prudente analizar si la Corte interpretó el Acuerdo conforme a las normas de derecho internacional convencionales o consuetudinarias, con el fin de establecer su contenido. Lo anterior resulta relevante toda vez que la Corte cuestionó que ciertas disposiciones del Acuerdo contravendrían las nociones de “orden público” y “seguridad jurídica” que se encuentran dentro de la Constitución. Por ende, es necesario analizar si la Corte acudió a los mecanismos interpretativos propios del derecho internacional para interpretar el Acuerdo, para determinar si existió esa ausencia de seguridad jurídica.

Este capítulo abordará: (1) la posición adoptada por la Corte en la Sentencia C-252 del 2019, así como el razonamiento y las conclusiones frente a la constitucionalidad del artículo 4.º del Acuerdo; (2) los comentarios respecto del uso de las fuentes del derecho internacional y su interpretación

por parte de la Corte Constitucional. En particular, se formularán algunas observaciones respecto del hecho de que la Corte no analizó el artículo 4.º del Acuerdo a la luz de las reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados², fundamentándose en las consideraciones de laudos proferidos en sede de arbitrajes de inversión. Esto, como se desarrolla más adelante, es bastante cuestionable, teniendo en cuenta la existencia de normas para la interpretación de los tratados —incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano— y considerando, además, que la finalidad de la decisión de la Corte frente al artículo 4.º estaba encaminada a dotar de seguridad jurídica dicha disposición. Al final, se plantearán algunas conclusiones.

LA SENTENCIA C-252 DEL 2019: LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL ARTÍCULO 4.º DEL ACUERDO

Mediante la Sentencia C-252 del 2019, la Corte declaró la exequibilidad del Acuerdo, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones sustantivas de este “dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales”³.

Además de dicha decisión, que cobijó a la totalidad del Acuerdo, la sentencia resolvió declarar exequibles todas las disposiciones individuales del Acuerdo sujetas a ciertos condicionamientos. No siendo extraño a la práctica de los TBI y los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio, el Acuerdo incluyó un título relativo al EMT. Este título se consignó bajo el artículo 4.º del Acuerdo, consagrando la obligación para las partes contratantes de otorgar a los inversionistas y sus inversiones: (1) “un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable”⁴; y (2) “protección y seguridad plenas [...] de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”⁵.

² “(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 31(b). La Convención de Viena I fue modificada por la Convención de Viena II del 21 de marzo de 1986, aprobada mediante Ley 406 de 1997 y declarada exequible mediante la Sentencia C-400 de 1998.

³ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, art. 4.º, numeral 1.º.

⁵ *Ibid.*, art. 4.º, numeral 2.º.

El presente escrito se limitará a analizar algunos de los límites que se impusieron sobre el artículo 4.º del Acuerdo⁶, los cuales se refirieron a (1) la expresión “*inter alia*”, que debía interpretarse restrictivamente en su sentido analógico y no aditivo; y (2) el contenido de la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”⁷, que debía ser definido por las partes del Acuerdo.

Para precisar sus contenidos, la Sentencia C-252 del 2019 resolvió advertirle al presidente de la República que, antes de la ratificación del Acuerdo, debía “adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa”⁸, en la que se acogieran los condicionamientos de la sentencia. La sentencia fue proferida por decisión mayoritaria de cinco votos a favor —incluida una aclaración de voto—, dos salvamentos parciales de voto y un salvamento de voto⁹.

En síntesis, la Corte Constitucional, tras precisar el alcance del control de constitucionalidad, bajo el artículo 241.10 de la Constitución Política, y concluir el análisis de la naturaleza del Acuerdo, verificando el

⁶ “Artículo 4. Estándar mínimo de trato. (1) Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, *inter alia*: (a) La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso. (b) La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones. Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas. La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar. Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este parágrafo. (2) Las inversiones realizadas por los inversionistas de una Parte Contratante gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Para mayor certeza la obligación de otorgar protección y seguridad plenas bajo este artículo exige que cada Parte Contratante otorgue a los Inversionistas y a sus inversiones protección frente a daños físicos y materiales”. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 10 de junio del 2014.

⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

⁸ *Ibid.*

⁹ Los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Diana Fajardo Rivera suscribieron salvamentos parciales de voto, mientras que el magistrado Alberto Rojas Ríos salvó su voto. El magistrado Luis Guillermo Guerrero estaba ausente en comisión. El magistrado Carlos Bernal Pulido aclaró su voto.

cumplimiento de los requisitos formales de este, de cara a lo establecido en la Constitución y la ley, motivó su decisión de la siguiente manera:

Primero, luego de revisar la doctrina constitucional vigente sobre los alcances del control de leyes aprobatorias de TBI, según la cual “el juicio que adelanta sobre los tratados internacionales no es de conveniencia, sino jurídico”¹⁰, la Corte determinó que se tornaba necesario revisar dicha doctrina¹¹, toda vez que la mayoría de los intervinientes se habían referido a los alcances y efectos del Acuerdo y de sus disposiciones.

Segundo, la Corte consideró que era necesario modificar la posición jurisprudencial¹² para que, por medio de un juicio de razonabilidad que se alimentara de un proceso deliberativo como el surtido en el caso concreto, se verificara la conformidad del Acuerdo y de los *efectos* de sus disposiciones con “los derechos fundamentales, el orden público [y] la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho”¹³, así como “los mandatos, valores y principios que aseguran la vigencia del Estado social”¹⁴.

Tercero, tras dilucidar la naturaleza y los nuevos alcances del control, la Corte analizó y concluyó que el Acuerdo, en su integridad, satisfacía el principio de Estado de derecho¹⁵. Sin embargo, con base en el test de igualdad, determinó “que ninguna disposición del tratado en cuestión garantiza el mandato de igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales en Colombia respecto del extranjero, así como la prohibición de discriminación en su contra”¹⁶. Por lo tanto, resolvió que la exequibilidad debía condicionarse para garantizar el principio de igualdad entre inversiones extranjeras y nacionales.

¹⁰ C. Const., Sent. C-031, ene. 28/2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, nota 150.

¹¹ Según la Corte, dicha doctrina se fundaba en el respeto a la legitimidad democrática de las ramas Ejecutiva y Legislativa, en la competencia técnica de estas y en la naturaleza de las normas que componen el derecho internacional de las inversiones. C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 44.

¹² Fundamentándose en la supremacía de la Constitución, el artículo 226 de la Constitución y las particularidades de este tipo de leyes a la hora de la formación de la voluntad democrática en el Legislativo: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 226.

¹³ C. Const., Sent. C-178, abr. 9/1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C. Const., Sent. C-864, oct. 19/2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, nota 221.

¹⁴ C. Const., Sent. C-864 del 2006, nota 222.

¹⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 94.

¹⁶ *Ibid.*, apartado 118.

Por otra parte, en relación con el control de las disposiciones del Acuerdo y, en particular, *vis-à-vis* el artículo 4.° de este¹⁷, la Corte empezó por definir los problemas jurídicos en los siguientes términos: “¿La cláusula de TJE es compatible con la Constitución Política?”; como subproblemas, indicó los siguientes:

- [1] ¿la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” vulneran los principios de seguridad jurídica (art. 1.° de la CP) y de soberanía nacional (art. 9 de la CP)? [y] ¿las expresiones “inter alia” y “expectativas legítimas” vulneran el principio de seguridad jurídica (art. 1.° de la CP) y amenazan el ejercicio de las competencias constitucionales de las autoridades nacionales?¹⁸
- [2] ¿La obligación de PSP es conforme con la Constitución Política?¹⁹

Y, en cualquier caso, debía considerarse si tal obligación ponía en riesgo el principio de sostenibilidad fiscal. Tras reseñar las posiciones de las seis intervenciones²⁰, la Corte indicó, como se había señalado en la Sentencia C-358 de 1996^[21], que la cláusula de TJE no tenía una definición unívoca y que su contenido no podía establecerse en abstracto²², pues era, hasta cierto punto, contingente a los hechos de un caso y,

¹⁷ Véase la nota al pie 5.

¹⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 189.1.

¹⁹ *Ibid.*, apartado 189.2.

²⁰ De estas, tres solicitaron su exequibilidad, dos analizaron su contenido sin formular solicitud alguna y una pretendió la inexequibilidad del primer inciso. Destaco de algunas intervenciones que: (1) el TJE no se refería a una obligación única, sino a un estándar del que se desprendían múltiples obligaciones, como la dirigida a las autoridades de respetar el debido proceso en actuaciones judiciales y administrativas, entre otras (intervención de José Antonio Rivas); (2) el EMT se ha venido desarrollando de vieja data desde el caso *L.F.H. Neer c. México* de 1926 y, desde su enunciación, se refiere a la prohibición de que un Estado se comporte abusivamente o de mala fe. Hoy por hoy, se lo considera como parte del derecho internacional consuetudinario. Por su parte, el TJE tiene origen convencional y “es un estándar distinto, más amplio, pero su germen es el nivel mínimo de trato” (intervención rendida por el autor de este escrito); (3) la cláusula de TJE en el Acuerdo salvaguarda el poder regulador del Estado, porque debe interpretarse en conjunto con artículos como el 5.°, 10.° y 14. En cualquier evento, y por la inclusión de la expresión *inter alia*, la cláusula de TJE concede garantías más amplias al inversionista que las propias del EMT del derecho consuetudinario, sin por ese motivo tornarlo indeterminado (intervención rendida por el autor de este escrito).

²¹ “La posición mayoritaria de la doctrina internacional en torno a los principios del ‘trato justo y equitativo’ y de la ‘entera protección y seguridad’ indican que estos se determinan en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto”. C. Const., Sent. C-358, ago. 14/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

²² *Mondev International Ltd. v. United States of America*, caso CIADI n.° ARB (AF)/99/2, laudo, 11 de octubre del 2002, 118: “A judgment of what is fair and equitable cannot be

hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias del caso²³. [...] Actualmente se discute si el alcance de la cláusula de TJE está limitado al clásico estándar de no denegar justicia, o, si admite interpretaciones más flexibles relacionadas con (i) el trato arbitrario o discriminatorio, (ii) la violación del debido proceso y la falta de transparencia, (iii) la protección de las expectativas legítimas y (iv) la obligación de garantizar la estabilidad jurídica de las inversiones²⁴.

Para dilucidar el alcance de la cláusula de TJE, la Corte acudió a lo establecido en distintos laudos proferidos en sede de arbitrajes de inversión, en función de algunas garantías específicas derivadas de dicha cláusula: (1) en relación con la prohibición de trato arbitrario o discriminatorio, citó los casos de *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina* (2005) y *LG&E Energy Corp., y otros c. Argentina* (2007), los cuales, en su opinión, “reflejan la tendencia actual de los tribunales de inversión sobre este aspecto”²⁵; y (2) en relación con el respeto al debido proceso y a la prohibición de falta de transparencia, citó los casos de *Waste Management, Inc. c. México* (2004) y *Metalclad Corp. c. México* (2000). Tras aludir algunas conclusiones de dichos laudos, la Corte señaló:

los desarrollos actuales del derecho internacional de las inversiones buscan limitar el alcance de la cláusula de TJE mediante listados cerrados de supuestos concretos que dan lugar a su violación o, incluso, mediante la omisión de la expresión “justo y equitativo”²⁶.

Por otra parte, en punto a la obligación de PSP, la Corte concluyó que “los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones

reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case. It is part of the essential business of courts and tribunals to make judgments such as these” (“Una decisión sobre qué es justo y equitativo no puede ser alcanzada en abstracto; depende de los hechos del caso particular. Es parte de la actividad esencial de las cortes y tribunales emitir decisiones de este tipo” [traducción propia]).

²³ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), caso CIADI n.º ARB (AF)/00/3, 30 de abril del 2004, 99: “Evidentemente, el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias de cada caso. Por consiguiente, es a los hechos del presente caso que ahora este Tribunal se referirá”.

²⁴ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 193.

²⁵ *Ibid.*, apartado 194.

²⁶ *Ibid.*, apartado 199. Como soporte de esa afirmación, la Corte citó lo dispuesto en el modelo de TBI de India, en el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) entre Canadá y la Unión Europea y en el capítulo de inversión del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP).

son pacíficos en señalar que este estándar implica mantener las condiciones normales de seguridad y de orden público²⁷. Tras dichos análisis, la Corte concluyó que las cláusulas de TJE y PSP se ajustaban a la Constitución, en rasgos generales, por cuanto

buscan garantizar “el principio de seguridad jurídica, el debido proceso en todas las actuaciones judiciales, y la seguridad y protección de los inversionistas, conforme a los principios constitucionales y los fines estatales (Preámbulo, art. 2 y 29 CP)”²⁸, son “desarrollos de la igualdad y la reciprocidad, principios que orientan las relaciones internacionales del país”²⁹ y dan lugar a que el Estado responda por los daños antijurídicos que le sean imputables (art. 90 de la CP)³⁰.

Además, por cuanto

la cláusula de TJE responde a la “necesidad de propiciar condiciones de seguridad jurídica para mejorar las relaciones comerciales entre las Partes Contratantes, en el sentido de que la gestión, el mantenimiento, el uso y la venta de tales inversiones no se vean obstaculizadas mediante medidas arbitrarias o discriminatorias”³¹.

Sin perjuicio de esta conclusión general, la Corte consideró que la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” no satisfacía las exigencias propias de los principios de certeza y seguridad jurídica, a la par que ciertas lecturas podían contravenir la soberanía nacional. Frente a lo primero, la Corte consideró:

la expresión normativa referida no permite identificar, siquiera *prima facie*, cuál es el parámetro o los parámetros que, dentro del derecho internacional,

²⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 200.

²⁸ C. Const., Sent. C-377, may. 19/2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C. Const., Sent. C-286, may. 13/2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, nota 472.

²⁹ C. Const., Sent. C-008, ene. 23/1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, nota 473.

³⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 201.

³¹ C. Const., Sent. C-252/19, apartado 202. “Así, se compromete a las Partes Contratantes en la promoción de las inversiones de la otra, en el deber de facilitar los permisos para la inversión del otro Estado, de otorgar las autorizaciones requeridas, y de no entorpecer el proceso de inversión de la otra Parte”. C. Const., Sent. C-169, mar. 7/2012, M.P. María Victoria Calle Correa, nota 474.

resultarán aplicables para dotar de contenido a la obligación de TJE. *No es posible determinar si “el derecho internacional aplicable” a los inversionistas es el consuetudinario o el convencional*, y, si es este último, tampoco es posible esclarecer con precisión si los tratados y demás instrumentos aplicables son los ratificados por el Estado receptor de la inversión, el Estado de los inversionistas, o, incluso si se alude a otro grupo de instrumentos internacionales [énfasis añadido]³².

Frente a lo segundo, la Corte consideró que la amplitud de la cláusula de TJE del Acuerdo podría implicar que Colombia estaría contrayendo nuevas obligaciones internacionales sin haber manifestado su consentimiento para tal efecto. En aras de evitar dichos riesgos, y en ejercicio de su *función preventiva*, la Corte anunció que le advertiría al presidente de la República que, si pretendía ratificar el tratado, debía propiciar la suscripción de una declaración interpretativa con el Gobierno francés, con el fin de delimitar los conceptos de la cláusula de TJE. Igual reproche que la anterior le mereció a la Corte la expresión “*inter alia*”, contenida en el artículo 4.º del Acuerdo, por no satisfacer el principio de seguridad jurídica. Ello por cuanto,

de interpretarse de manera amplia, (i) torna indeterminable el contenido de la cláusula de TJE y de las obligaciones que el Estado asume y podría, eventualmente, incumplir, con lo cual se comprometería en forma ilimitada su responsabilidad internacional y (ii) no contiene siquiera parámetros básicos para hacer previsible su alcance y, por tanto, serán los tribunales de arbitraje los que fijen por completo su contenido de manera *ex post*. *La inclusión de dicha expresión en la cláusula de TJE genera una incertidumbre invencible para las autoridades nacionales, a las que, en el ejercicio de sus competencias, les resultaría imposible determinar si una decisión o medida legislativa, judicial, administrativa o de control, representará un ilícito internacional* que eventualmente dé lugar a la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado colombiano en el marco de un arbitraje internacional de inversiones [énfasis añadido]³³.

De acuerdo con la Sentencia C-252 del 2019, la única interpretación que permitía que la expresión fuera constitucional era aquella que le confería un sentido analógico y no aditivo.

El tercer y último reproche se centró en la protección de las inversiones cuando se creaban “expectativas legítimas” por parte del Estado. Si bien la

³² *Ibid.*, apartado 204.

³³ *Ibid.*, apartado 209.

Corte reconoció que tal protección se justificaba en virtud del artículo 83 de la Constitución, también advirtió que, en el plano internacional, y

tras la revisión de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje, la Corte no puede pasar por alto que esta expresión representa “uno de los desarrollos más controversiales del trato justo y equitativo”³⁴ y que no ha sido definida de manera uniforme por los tribunales de arbitraje³⁵.

Por ende, para recortar la amplitud del concepto en función de lo establecido, en un análisis caso a caso, la Corte condicionó la exequibilidad a que, en primer lugar, las partes del Acuerdo definieran con precisión su contenido y que, en segundo lugar, se debiera interpretar que la protección frente a las expectativas legítimas también debía brindarse, como un asunto de igualdad, a las inversiones efectuadas por los nacionales.

Los magistrados Linares, Fajardo y Rojas³⁶ salvaron su voto respecto de algunos puntos de la Sentencia C-252 del 2019. Si bien los magistrados Linares y Fajardo coincidieron con la decisión de declarar exequible el Acuerdo, no compartieron el razonamiento de la mayoría de la Sala Plena.

Por una parte, el magistrado Linares se apartó de la decisión mayoritaria al considerar que esta implicaba un cambio de jurisprudencia que, en su parecer, resultaba en una “intervención excesiva en las facultades del Ejecutivo de dirección y manejo de las relaciones internacionales”³⁷. Según el magistrado Linares, la decisión había sido fundamentada en una interpretación aislada del artículo 226 de la Constitución Política, por lo que la Corte se inmiscuyó en competencias constitucionales que no le correspondían; además, en virtud del artículo 189 de la Constitución, habían sido otorgadas específicamente al presidente, y, por ende, la Corte había actuado sin prudencia y *self-restraint*. Además, criticó que la decisión mayoritaria hubiese introducido condicionamientos sin haber agotado la interpretación de las disposiciones del Acuerdo con base en las reglas del derecho internacional consuetudinario contenidas en la Convención de Viena. A la postre, esa omisión había redundado en un desbordamiento de sus funciones —como en el caso del condicionamiento de la expresión “*inter alia*”— o en

³⁴ Chin Leng Lim, Jean Ho y Martin Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 269, nota 494.

³⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 210.

³⁶ Su salvamento de voto aún no ha sido publicado.

³⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, aclaración y salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, apartado 3.

un juicio abstracto y apriorístico, sin consideración de circunstancias relevantes y específicas —como ocurría en el caso de la expresión “expectativas legítimas”—.

Por otra parte, la magistrada Fajardo criticó los fundamentos que habían llevado a la mayoría de la Sala a cambiar su jurisprudencia:

Este cambio de jurisprudencia pareciera adoptarse en razón a que así lo solicitan algunos intervinientes del proceso de constitucionalidad y porque en la actualidad están en curso varios arbitrajes internacionales de inversión en donde el Estado colombiano ha sido demandado por cuantiosas sumas de dinero. Sin embargo, estos argumentos no justifican un cambio de precedente, pues en estos casos la jurisprudencia ha definido un conjunto de cargas argumentativas que deben satisfacerse siempre que el juez asume un nuevo rumbo jurisprudencial³⁸.

USOS E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo señalado, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de las expresiones “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”, “*inter alia*” y “expectativas legítimas”, todas ellas contenidas en el artículo 4.º del Acuerdo.

Ahora bien, según se desarrollará más adelante, la Sentencia C-252 del 2019 no realizó un ejercicio interpretativo adecuado al omitir considerar adecuadamente el sistema de fuentes del derecho internacional. En particular, esta sentencia obvió la lectura del Acuerdo a la luz de las reglas de interpretación de tratados establecidas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena. En consecuencia, la decisión de la Corte: (1) carece de respaldo suficiente *vis-à-vis* el derecho internacional; y (2) no cumple realmente con el objetivo que llevó a la Corte a condicionar la constitucionalidad del artículo 4.º del Acuerdo.

En línea con lo anterior, la Corte señaló como justificación de dichos condicionamientos dos aspectos comunes: (1) un déficit de certeza en sus definiciones, que atentaba contra el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 1.º de la Constitución Política; y (2) una eventual

³⁸ *Ibid.*, salvamento parcial de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera, apartado 1.3.

vulneración del principio de soberanía popular, consagrado en los artículos 3.º y 9.º de la Constitución Política.

En relación con el primer fundamento, la Corte indicó que la amplitud en la redacción de las expresiones declaradas condicionalmente exequibles se traducía en una imposibilidad invencible para determinar *ex ante* su contenido. Frente a lo segundo, señaló que tal amplitud e indefinición de las expresiones podía implicar que Colombia tendría que asumir obligaciones internacionales sin manifestar expresamente su consentimiento, lo que resultaba contrario a la Constitución. La Corte, por mayoría, optó por concentrar sus reproches en la indeterminación que acarrearán los términos reseñados. Curiosamente, como lo advirtió el magistrado Linares en su salvamento de voto, la Corte no interpretó el tratado conforme a la Convención de Viena para determinar el contenido de estas disposiciones y buscar superar esa falta de seguridad.

La pregunta que surge es si acudir a las normas de interpretación aceptadas por el derecho internacional, en particular la Convención de Viena, le habría permitido a la Corte adoptar un análisis distinto respecto de la ausencia de seguridad jurídica y cuáles habrían sido los mecanismos conducentes y adecuados para haber resuelto cualquier reproche en este sentido.

Para tal efecto, el presente escrito se concentrará en el análisis que realizó la Corte Constitucional respecto del artículo 4.º del Acuerdo, en lo relativo al tratamiento de la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”. En efecto, y de acuerdo con la Corte:

Por lo anterior, y dada la textura abierta de la cláusula de TJE, así como de sus “incertidumbres y riesgos”, la Corte estima necesario que el contenido de la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” *sea acotado y determinado, de tal manera que satisfaga las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 1.º de la CP) y se aclare su contenido (párr. 203). Esto es indispensable para que las obligaciones derivadas de la misma sean previsibles y determinables por las autoridades nacionales y, por lo tanto, estas puedan ajustar sus actuaciones a dichos estándares de conducta.* Por tal razón, la Corte declarará la exequibilidad de dicha cláusula, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica [énfasis añadido]³⁹.

³⁹ *Ibid.*, apartado 207.

En consecuencia, la Corte determinó que el tratamiento conforme al “derecho internacional aplicable” debía ser acotado y determinado conforme al párrafo 203 de la Sentencia C-252 del 2019. Dicho párrafo señala expresamente:

A su vez, la expresión normativa “la obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus inversiones”, como ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje, es compatible con el principio de igualdad (art. 13 de la CP) e interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado de derecho (arts. 1.º y 2.º de la CP). Del mismo modo, la Corte advierte que es compatible con el artículo 100 de la Constitución Política, en la medida en que esta cláusula no podría impedir al legislador colombiano ejercer la competencia prevista en dicho artículo, esto es, “por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”⁴⁰.

Por lo tanto, la Corte parece señalar que resulta necesario definir con precisión “la obligación de actuar de una manera transparente” como elemento fundamental para dotar de certeza y contenido el TJE al que se refiere el artículo 4.º del Acuerdo. Sin embargo, y como se establecerá en esta sección, las consideraciones y los comentarios de la Corte carecen de suficiente respaldo en el derecho internacional.

La falta de debida consideración al sistema de fuentes de derecho internacional y a las normas de interpretación de tratados prevista en la Convención de Viena permite que persista una falta de “seguridad jurídica” respecto del artículo 4.º del Acuerdo. Por ende, los árbitros internacionales conservan una discrecionalidad que deberán ejercer caso a caso e interpretarán el Acuerdo conforme al derecho internacional para resolver cualquier controversia que surja bajo este. En este sentido, el esfuerzo de la Corte para dotar de seguridad jurídica un tratamiento de las inversiones conforme al “derecho internacional aplicable” no parece ser particularmente exitoso.

Para sustentar las posiciones esbozadas en los anteriores párrafos, la presente sección: (1) examinará las nociones del EMT y el TJE; (2) describirá el contenido del artículo 4.º del Acuerdo; (3) analizará las consideraciones de la Corte respecto del TJE contenido en el artículo 4.º del Acuerdo; y (4) concluirá que, pese a lo decidido en la Sentencia C-252 del 2019 y los

⁴⁰ *Ibid.*, apartado 203.

remedios allí ordenados, aún persisten factores que mantienen la falta de “seguridad jurídica” que motivó la intervención del juez constitucional.

Las nociones de EMT y TJE en el derecho internacional de inversiones

Antes de entrar a analizar el artículo 4.º del Acuerdo, resulta pertinente aclarar conceptualmente las nociones del EMT y del TJE en el derecho internacional. El EMT hace referencia a la protección mínima que un Estado está obligado a otorgarle a las inversiones realizadas por inversionistas extranjeros, con independencia del trato que ese Estado le dé a sus nacionales o a las inversiones de naturaleza doméstica⁴¹. En relación con el TJE, debe anotarse

⁴¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (oecd), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *Working Papers on International Investment*, n.º 2004/3 (2004), nota al pie 32: “The international minimum standard is a norm of customary international law which governs the treatment of aliens, by providing for a minimum set of principles which States, regardless of their domestic legislation and practices, must respect when dealing with foreign nationals and their property” (“La norma mínima internacional es una norma de derecho internacional consuetudinario que rige el trato de los extranjeros, al establecer un conjunto mínimo de principios que los Estados, independientemente de su legislación y prácticas nacionales, deben respetar al tratar con extranjeros y sus bienes” [traducción propia]). Malcolm Shawn, *International Law*, 6.ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 824: “The developed states of the West have argued historically that there exists an ‘international minimum standard’ for the protection of foreign nationals that must be upheld irrespective of how the state treats its own nationals (...). The Latin American states felt, in particular, that the international minimum standard concept had been used as a means of interference in internal affairs. Accordingly, the Calvo doctrine was formulated” (“Históricamente, los Estados desarrollados de occidente han argumentado que existen un EMT para la protección de los extranjeros que debe ser respetado indistintamente del tratamiento que el Estado le dé a sus nacionales. (...) Los Estados Latinoamericanos, en particular, sintieron que la creación de este estándar implicaba una interferencia con sus asuntos internos. Para ello, se formuló la doctrina Calvo” [traducción propia]). Sobre los antecedentes para la determinación del estándar de trato, véase Naciones Unidas, “Harry Roberts v. United Mexican States (2 November de 1926)”, *Reports of International Arbitral Awards* iv, (2006), 80: “Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment” (“Los hechos relativos a la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales pueden ser importantes para determinar el fundamento de una denuncia de malos tratos a un extranjero. Pero dicha igualdad no es la prueba definitiva de la corrección de los actos de las autoridades a la luz del derecho internacional. Esa prueba es, en términos generales, si los extranjeros son tratados de acuerdo con las normas ordinarias de la civilización. No

que este ha sido considerado el estándar que mayor dificultad representa a la hora de definir su contenido⁴².

Retomando el EMT, dicho estándar es generalmente aceptado como parte del derecho internacional consuetudinario, pero su contenido sustantivo es materia de debate⁴³. Existe una posición que asocia el EMT en

dudamos en afirmar que el tratamiento de Roberts fue tal que justifica una indemnización por encarcelamiento cruel e inhumano” [traducción propia]).

⁴² David Collins, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 125; Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 204: “Treaties refer to ‘fair and equitable treatment’ to be accorded to the nationals of the contracting parties. This phrase is vague and is open to different interpretations. The content of this standard has caused much anxiety” (“Los tratados hacen referencia al ‘trato justo y equitativo’ que debe concederse a los nacionales de las partes contratantes. Esta frase es vaga y se presta a diferentes interpretaciones. El contenido de esta norma ha causado mucha ansiedad” [traducción propia]). Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Nueva York: Kluwer Law International, 2009), 263: “The ubiquity of fair and equitable treatment provisions in IIAs has not been accompanied by certainty, clarity or agreement with respect to their meaning” (“La ubicuidad de la disposición de trato justo y equitativo en los acuerdos internacionales de inversión no ha estado acompañada de certeza, claridad o acuerdo con respecto a su significado” [traducción propia]).

⁴³ Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment*, 234. Véase A.H. Roth, *The International Minimum Standard* (Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij N.V., 1949); E. Borchard, “The ‘Minimum Standard’ of the Treatment of Aliens”. *Michigan Law Review* 3 (1940), 445. Este debate también es retomado por Stephan Schill, en su reseña sobre la tesis doctoral de Ioanna Tudor: “The guiding question informing any scholarly discussion and arbitral practice then is what FET, as a legal standard, requires of states when engaging with foreign investors. The answers given by commentators and tribunals to this question are as varied as the terminology of fair and equitable treatment is vague. Some try to dock FET to the customary international law minimum standard of treatment that has developed in the arbitral practice of various claims commissions in the inter-war period. (1) Others understand FET as an independent standard that embodies the concept of the rule of law and has to be enriched by a comparative methodology that aims at identifying general principles of public law that states have to adhere to when acting vis-à-vis private economic actors. (2) Again others consider FET to be a deliberate delegation of authority to investment tribunals to develop actively, and rather autonomously, standards of fairness and equitableness for international investment relations. (3) Consensus on the function, scope, and content of FET, and the proper methodological approach in determining them, is therefore far from being achieved” (“La pregunta que guía cualquier debate académico y la práctica arbitral es, el TJE, como norma jurídica, qué exige a los Estados cuando se relacionan con los inversionistas extranjeros. Las respuestas dadas por los comentaristas y los tribunales a esta pregunta son tan variadas como vaga es la terminología del trato justo y equitativo. Algunos intentan acoplar el TJE a la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario que se ha desarrollado en la práctica arbitral de varias comisiones de reclamaciones en el período de entreguerras. (1) Otros entienden el TJE como una norma independiente que encarna el concepto de Estado de Derecho y que ha de ser enriquecida por una metodología comparativa que pretende identificar los principios generales del derecho público a los que han de atenerse

el derecho internacional al caso *Neer* de 1926^[44]. En este caso, la comisión creada para su resolución sostuvo que, para constituir un ilícito internacional, el tratamiento a un extranjero “debe equivaler a un atropello, a la mala fe, a la negligencia voluntaria del deber, o a una insuficiencia de la acción gubernamental tan por debajo de los estándares internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería su insuficiencia”⁴⁵.

Ahora bien, los fallos de tribunales de inversión bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) resultan relevantes para analizar el papel del EMT en el derecho internacional de inversiones. El artículo 1105 del NAFTA determina los parámetros del EMT para los Estados parte de dicho acuerdo, haciendo referencia expresa a la obligación para las partes de otorgar a las inversiones de los inversionistas de otra parte, entre otros, un TJE⁴⁶. En particular, los Estados parte del NAFTA acordaron en una nota interpretativa que el artículo 1105 establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra parte. En este sentido, los Estados parte señalaron: “Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren [de] un trato adicional al requerido por

los Estados cuando actúan frente a los agentes económicos privados. (2) De nuevo, otros consideran que el TJE es una delegación deliberada de autoridad a los tribunales de inversión para desarrollar activamente, y de forma bastante autónoma, normas de justicia y equidad para las relaciones internacionales de inversión. (3) Por lo tanto, el consenso sobre la función, el alcance y el contenido de las TJE, y el enfoque metodológico adecuado para determinarlas, está lejos de alcanzarse” [traducción propia]). Stephan W. Schill, “Ioana Tudor. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment. Oxford: Oxford University Press, 2008”, *European Journal of International Law* 20, n.º 1 (2009): 239.

⁴⁴ Sornarajah, *The International Law*, 347; Shawn, *International Law*, 824.

⁴⁵ Véase el caso de *L. F. H. Neer and Pauline Neer (USA) c. los Estados Unidos Mexicanos*, del 15 de octubre de 1926, en Shawn, *International Law*, 824.

⁴⁶ “Artículo 1105: Nivel mínimo de trato: Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas”. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 17 de diciembre de 1992, art. 1105. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el artículo 1108(7)(b).

el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de este”⁴⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos* señaló:

Aunque las situaciones pueden ser más variadas y complicadas hoy que en los años veinte, el nivel de escrutinio es el mismo. Por lo tanto, los fundamentos del parámetro *Neer* siguen siendo válidos hoy en día: para violar la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario codificada en el artículo 1105 del TLCAN [NAFTA], un acto debe ser lo suficientemente atroz y contundente —una denegación de justicia grosera, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta de motivos manifiesta— de forma que se sitúe bajo las normas internacionales aceptadas y constituya una violación del artículo 1105(1) [traducción propia]⁴⁸.

Por ende, de acuerdo con este tribunal, el nivel de escrutinio para establecer si un acto es contrario al EMT consagrado en el derecho internacional consuetudinario es el mismo previsto para el caso *Neer*⁴⁹.

⁴⁷ Comisión de Libre Comercio, “Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11”, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 31 de julio del 2001, http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp

⁴⁸ *Glamis Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL (NAFTA), laudo, 8 de junio 2009, par. 616: “although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the *Neer* standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking —a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons— so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)”.

⁴⁹ En este mismo sentido, el tribunal en el caso de *Cargill c. México* estableció: “The Tribunal observes a trend in previous NAFTA awards, not so much to make the holding of the *Neer* arbitration more exacting, but rather to adapt the principle underlying the holding of the *Neer* arbitration to the more complicated and varied economic positions held by foreign nationals today. Key to this adaptation is that, even as more situations are addressed, the required severity of the conduct as held in *Neer* is maintained” (“El Tribunal observa una tendencia en los laudos anteriores del TLCAN, no tanto a hacer más exigente la conclusión del arbitraje *Neer*, sino más bien a adaptar el principio que subyace a la conclusión del arbitraje *Neer* a las posiciones económicas más complicadas y variadas que tienen los ciudadanos extranjeros en la actualidad. La clave de esta adaptación es que, incluso cuando se abordan más situaciones, se mantiene la severidad requerida de la conducta tal como se sostuvo en *Neer*” [traducción propia]). *Cargill Inc. v. United Mexican States*, caso ICSID n.º ARB(AF)/05/2 (NAFTA), laudo, 18 de septiembre del 2009, par. 284.

La discusión sobre si el artículo 1105 del NAFTA refleja o no un nivel mínimo de trato propio del derecho consuetudinario no ha sido pacífica. Por ejemplo, frente al TJE y la PSP, el tribunal en el caso *Mondev c. Estados Unidos* señaló:

Una interpretación evolutiva razonable del artículo 1105(1) es coherente tanto con los *travaux* [trabajos preparatorios del tratado], con los principios de interpretación ordinarios y con el hecho de que, como aceptó el Demandado en su argumentación, los términos “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” tuvieron su origen en los tratados bilaterales de la posguerra. En estas circunstancias, el contenido de la norma mínima hoy en día no puede limitarse al contenido del derecho internacional consuetudinario reconocido en las decisiones arbitrales de los años veinte⁵⁰ [traducción propia].

En consecuencia, existe una posición que sostiene que el TJE tuvo su origen en tratados internacionales propios de la posguerra y no se encuentra limitado o circunscrito al derecho internacional consuetudinario, es decir, como fue anotado, el TJE puede ser un estándar propio y autónomo del EMT.

En ese orden de ideas, el alcance del TJE dependerá del texto del respectivo tratado y su interpretación, de acuerdo con la Convención de Viena. Por ejemplo, en el caso *MTD c. Chile*, el tribunal interpretó el artículo 2(2) del tratado de protección de inversiones celebrado entre Chile y Malasia para establecer que:

Por lo tanto, en términos del TBI, el trato justo y equitativo debe entenderse como un trato imparcial y justo, conducente a la promoción de la inversión extranjera. Sus términos se enmarcan como una declaración proactiva —“promover”, “crear”, “estimular”— más que prescripciones para un comportamiento pasivo del Estado o para evitar una conducta perjudicial para los inversores⁵¹ [traducción propia].

⁵⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, par. 123: “A reasonable evolutionary interpretation of Article 1105(1) is consistent both with the travaux, with normal principles of interpretation and with the fact that, as the Respondent accepted in argument, the terms “fair and equitable treatment” and “full protection and security” had their origin in bilateral treaties in the post-war period. In these circumstances the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognised in arbitral decisions in the 1920s.”

⁵¹ *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, caso ICSID n.º ARB/01/7, laudo, 25 de mayo del 2004, par. 113: “Hence, in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be

En este mismo sentido, el tribunal en el caso *Azurix c. Argentina*, constituido bajo el tratado de protección de inversiones entre Argentina y Estados Unidos, señaló:

Del significado corriente de los términos “justo” y “equitativo” y del propósito y objetivo del TBI se desprende que por tratamiento “justo y equitativo” debería entenderse el tratamiento “parejo” y “arreglado a justicia y razón”, tendiente a favorecer la promoción de la inversión extranjera. El texto del TBI refleja una actitud positiva frente a la inversión al utilizar palabras tales como “promover” y “estimular”. Además, se reconoce la función que el tratamiento justo y equitativo cumple a los fines de mantener “un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos”⁵².

En efecto, y fuera del contexto propio del artículo 1105 del NAFTA, se necesitará un lenguaje que permita establecer que hay similitud o equivalencia entre el TJE y el EMT. Al no existir dicha similitud o equivalencia en el texto del respectivo tratado, los tribunales fuera del ámbito del NAFTA, como los dos laudos referenciados⁵³, le han otorgado un alcance y un contenido propio al TJE que incluye ciertas obligaciones positivas para promover y estimular un marco estable para la inversión.

Ahora bien, otros tribunales por fuera del contexto NAFTA han abordado la equivalencia entre el TJE y el EMT. En el caso *CMS c. Argentina*, el tribunal arbitral señaló, en lo que puede considerarse un *obiter dictum*:

Si bien la opción entre exigir un estándar más alto del Tratado y la de equipararlo con el estándar mínimo internacional podría tener relevancia en el contexto de algunas disputas, el Tribunal no está convencido de que sea relevante en este caso. De hecho, el estándar de trato justo y equitativo del Tratado y su conexión con la estabilidad y previsibilidad requeridas del entorno empresarial, fundado en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el derecho consuetudinario⁵⁴ [traducción propia].

understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement —‘to promote’, ‘to create’, ‘to stimulate’— rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors”.

⁵² *Azurix Corp. c. República de Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/12, laudo, 14 de julio del 2006. par. 360.

⁵³ *Ibid.*, par. 360; *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, par. 113.

⁵⁴ *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo, 12 de mayo del 2005. para. 284: “While the choice between requiring a higher treaty

Este pronunciamiento resulta relevante para el caso estudiado por la Sentencia C-252 del 2019 por dos motivos. Primero, los miembros de ese tribunal parecen señalar que el TJE y su relación con un marco de estabilidad y predictibilidad de un modelo de negocios anclado en compromisos legales o contractuales no resulta diferente del EMT y su evolución bajo el derecho consuetudinario. En consecuencia, el tribunal indica que la evolución del EMT bajo el derecho consuetudinario incluye obligaciones positivas; por ende, existe una interpretación que señala que el EMT ha evolucionado a tal dimensión que otorga protecciones en el derecho consuetudinario más allá de las previstas en el estándar de *Neer* y lo consagrado en los casos que desarrollan el artículo 1105 del NAFTA.

Lo anterior es relevante frente a la Sentencia C-252 del 2019, toda vez que, en la medida en que la Corte Constitucional no presentó ni elaboró criterios para precisar su entendimiento del EMT, no es claro si el EMT consagrado en el artículo 4.º ha *evolucionado* —en el sentido de otorgar mayores protecciones que aquellas bajo el derecho consuetudinario— o no. Por un lado, la Corte no tiene en cuenta la discusión puesta de presente sobre el alcance de la protección bajo el EMT para hacer su análisis y, por otro lado, no da un punto de partida sobre lo que entiende por EMT.

Segundo, el tribunal señala que la necesidad de buscar equivalencia entre el EMT y el TJE no resulta relevante para el respectivo caso, con lo cual hace énfasis en el texto del tratado y en las circunstancias de hecho de la controversia como parámetro de revisión. Por ende, el propio tribunal de *CMS* no consideró que sus pronunciamientos fueran relevantes para establecer el contenido y alcance del EMT. Lo anterior será examinado más adelante, toda vez que la Corte Constitucional consideró relevante el caso de *CMS* para efectos de analizar el artículo 4.º del Acuerdo, ya que, para la Corte, el entendimiento del tribunal de *CMS* sobre el contenido del EMT es relevante para su interpretación; no obstante, el mismo tribunal no le había dado dicha relevancia en el *sub-lite*.

En conclusión, es necesario destacar que se debe analizar muy bien la interacción entre las normas convencionales y el derecho internacional

standard and that of equating it with the international minimum standard might have relevance in the context of some disputes, the Tribunal is not persuaded that it is relevant in this case. In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law”.

consuetudinario para construir una interpretación adecuada de los estándares de EMT y TJE. En este sentido, el texto de los tratados y sus criterios de interpretación resultan fundamentales para establecer si se trata de dos estándares autónomos o si, por el contrario, puede existir equivalencia en sus contenidos. En el hipotético caso de que existiera una equivalencia, un intérprete debería determinar si el contenido del estándar se aproxima a aquel previsto en *Neer* o si ha existido una evolución, como lo sugieren los casos *Mondev* y *CMS*.

En ese orden de ideas, resulta esperable que la Corte interpretara el Acuerdo bajo la Convención de Viena, con la finalidad de “desentrañar” el texto de este, en particular del artículo 4.º, en lugar de asumir *ex ante* una vaguedad en el texto y acudir al análisis de su contenido conforme tratados y laudos de arbitraje de inversión, los cuales, como se revela, no guardan estricta relación con el texto del Acuerdo.

Sin perjuicio de que en el control de constitucionalidad el juez constitucional no esté atado a interpretar el contenido de los tratados bajo las normas de la Convención de Viena —pues, por ejemplo, de reñir estas con postulados constitucionales deberán primar los últimos—, no deja de ser una obligación de la Corte acudir a las normas aplicables para el caso en concreto, siendo la Convención de Viena la normatividad indicada para dicho análisis. Lo anterior máxime en tanto la Corte ha interpretado en diversas ocasiones tratados internacionales a la luz de la Convención de Viena⁵⁵ y ha establecido la necesidad de acudir a esta cuando se ejerce el control de constitucionalidad sobre tratados internacionales:

4.9.3.2. Como corolario de lo anterior, la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” al no disponer de rango constitucional, ni integrar el bloque de constitucionalidad, tampoco disfruta de la condición de parámetro de control. No obstante lo anterior, en atención a lo dispuesto en el artículo 9.º de la Constitución Política, las relaciones exteriores de la República de Colombia se fundamentan, entre otras, en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por el Estado colombiano. Es por ello que cuando este Tribunal se apoya, como es usual al adelantar el examen

⁵⁵ Véase C. Const., Sent. C-269, may. 2/2014, M.P. Mauricio González Cuervo; el tratado bajo estudio fue el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá). C. Const., Sent. C-254, jun. 6 /2019, M.P. José Fernando Reyes Cuatrecasas; el tratado bajo estudio fue el TLC Colombia-Israel. C. Const., Sent. C-275, jun. 19/2019, M.P. Diana Fajardo Rivera; el tratado bajo estudio fue el Convenio de Minamata sobre el Mercurio.

constitucional de tratados, en algunos de los principios contenidos en la cita Convención, lo hace con fundamento en el artículo 9.º de la carta⁵⁶.

Esas son las situaciones a las que se enfrenta un tribunal de arbitraje inversionista-Estado, el cual debe analizar estos supuestos caso a caso, teniendo en cuenta las múltiples fuentes de derecho internacional que pueden ser aplicables. Por ende, cualquier análisis de constitucionalidad del artículo 4.º del Acuerdo debe partir de un reconocimiento de esta complejidad y de las normas o criterios de interpretación que permiten determinar el alcance y contenido de sus disposiciones.

El EMT y el TJE bajo el artículo 4.º del Acuerdo

El texto del artículo 4.º del Acuerdo merece un análisis particular⁵⁷. Por una parte, su título establece que se trata de un “estándar mínimo de trato”; en consecuencia, existe una referencia directa a los términos y expresiones propios de la interpretación de las partes del NAFTA, el cual, según fue señalado, determina que el EMT contiene unos estándares que son el TJE y la PSP, como el artículo 4.º del Acuerdo, que se titula EMT, y de su contenido se desprenden el TJE y la PSP.

De acuerdo con lo indicado, el artículo 4.º señala que cada una de las partes contratantes deberá otorgar un TJE de conformidad con el “derecho internacional aplicable”; de esta manera, una pregunta que surge es si ese “derecho internacional aplicable”, propio de un EMT, es aquel que se encuentra consagrado en el derecho internacional consuetudinario o si existe otra fuente o norma de derecho internacional que sirva para precisar su contenido.

La respuesta no es sencilla. En lo que respecta al estándar de PSP contenido en el numeral 2.º del artículo 4.º del Acuerdo, las partes contratantes expresamente pactaron que se otorgará plena protección y seguridad de acuerdo con el “derecho internacional consuetudinario”. Por ende, una lectura plausible del artículo 4.º es que las partes decidieron pactar tratamientos distintos para los estándares de TJE y PSP. Por una parte, el TJE tendrá un tratamiento conforme al derecho internacional aplicable, mientras que el PSP tendrá uno acorde con el derecho internacional consuetudinario. En este orden de ideas, surgen varias lecturas a partir del texto del artículo 4.º del Acuerdo.

Una primera lectura indicaría que el TJE propio del EMT del artículo 4.º del Acuerdo no se encuentra acotado por el derecho internacional

⁵⁶ C. Const., Sent. C-269 del 2014.

⁵⁷ Véase el texto completo en la nota al pie 6.

consuetudinario. En consecuencia, el EMT pactado en el Acuerdo va más allá que aquel pactado en otros tratados por la República de Colombia. Por ejemplo, los TBI suscritos por Colombia⁵⁸ y los capítulos de inversión bajo tratados de libre comercio⁵⁹, los cuales contemplan expresamente que se deberá dar un TJE bajo un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario: el TBI Colombia-Perú: “Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”⁶⁰. Teniendo en cuenta esta lectura, podría pensarse que el EMT incluye una protección de TJE autónoma y separada del derecho internacional consuetudinario.

Otra lectura podría hacer énfasis en que la República de Colombia ha reconocido que el TJE propio de un EMT bajo el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado y va más allá del estándar de *Neer*. En consecuencia, algún intérprete podría sostener que el artículo 4.º del Acuerdo refleja un entendimiento en virtud del cual se codifica un EMT que reconoce un TJE que no se encuentra acotado por el estándar de *Neer* y las consideraciones propias del artículo 1105 del NAFTA.

En síntesis, un número diverso de lecturas puede surgir por el hecho de que el artículo 4.º del Acuerdo, titulado “Estándar mínimo de trato”, contempla un TJE que no se encuentra acotado por el derecho internacional consuetudinario, trazado originalmente en el caso *Neer*, es decir, habría un EMT desligado o separado de la costumbre internacional. En consecuencia, resulta útil y oportuno que la Corte Constitucional analice cuál es el alcance de ese EMT a la luz de los criterios de interpretación propios de la Convención de Viena, incluyendo aquellas normas de derecho internacional que resulten relevantes.

El análisis de la Corte Constitucional

Como se señaló, la Corte Constitucional consideró que el TJE “de conformidad con el derecho internacional aplicable”, contenido en el artículo 4.º del Acuerdo, tiene la potencialidad de vulnerar los principios de seguridad

⁵⁸ Ejemplo de ello es el TBI entre Colombia y la República del Perú.

⁵⁹ Como el TLC Estados Unidos-Colombia y el TLC Colombia-Canadá.

⁶⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 11 de diciembre del 2007, art. 4, <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contentido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/peru/texto-final-del-acuerdo/texto-final-peru.pdf.aspx>.

jurídica y de soberanía. Sin embargo, la Corte llegó a dicha conclusión sin analizar el contexto histórico y la interacción entre el EMT y el TJE. De hecho, la Corte no abordó las diferentes lecturas que podrían surgir del artículo 4.°, a partir de la relación del derecho internacional consuetudinario con el EMT, ni exploró el contenido del TJE en ese contexto. El análisis del artículo 4.° no incluye referencia alguna a las normas sobre interpretación de los tratados contenidos en la Convención de Viena.

Si bien podría afirmarse que, desde la sola perspectiva del control constitucional, la Corte no estaba *obligada* a recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados contenidos en la Convención de Viena, sí reconoció que las normas de derecho internacional tienen una naturaleza propia; por ende, les son connaturales unos lenguajes específicos y unas técnicas para dilucidar su contenido⁶¹. El control de constitucionalidad no puede ejercerse de manera correcta sin referencia alguna a las normas de la Convención de Viena, pues no puede surgir un debate sobre la constitucionalidad de una norma internacional sin apreciar su real sentido y contenido. Esto cobra mayor relevancia cuando la Corte está buscando proporcionar a las autoridades nacionales seguridad jurídica respecto del alcance y el contenido del artículo 4.° del Acuerdo. Resulta sorprendente que la Corte haya obviado dicho análisis, teniendo en cuenta que, para la revisión del TLC entre Colombia e Israel, contemporáneo al examen de constitucionalidad del Acuerdo, fundamentó su interpretación en la Convención de Viena⁶². La Corte Constitucional señaló:

Ahora bien, la Corte debe recordar que en materia de interpretación de tratados conforme a la Convención de Viena (1969), “debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1), además de poder acudir a medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada conforme a este artículo deje ambiguo el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32)⁶³.

Por ende, no parece existir una justificación para evitar recurrir a los cánones de interpretación del derecho de los tratados contenidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, los cuales han sido amplia y

⁶¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 57; C. Const., Sent. C-178 de 1995.

⁶² C. Const., Sent. C-254 del 2019.

⁶³ *Ibid.*, apartado 63.

pacíficamente reconocidos como los cánones consuetudinarios de interpretación de los tratados⁶⁴.

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁶⁵. Ese ejercicio de interpretación es holístico y no se trata de un análisis aislado de sus elementos⁶⁶. Por su parte, el artículo 32 de la Convención de Viena contiene las reglas subsidiarias de interpretación en el caso que algún término resulte ambiguo o conduzca a un resultado manifiestamente irrazonable⁶⁷.

Por ende, el derecho internacional requiere de un análisis comprensivo de las expresiones del artículo 4.º, para luego tener una especial consideración

⁶⁴ Véase Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (Ginebra: Naciones Unidas, 2006), párr. 427. Véase también el derecho de la Organización Mundial del Comercio (omc), por ejemplo, Órgano de Apelaciones, omc, “Estados Unidos: pautas para la gasolina reformulada y convencional”, WT/DS2/AB/R, DSR 1996: 1, 29 de abril de 1996, 15-16; Órgano de Apelación, omc, “Japón: impuesto sobre las bebidas alcohólicas”, WT/DS8/AB/R, DSR 1996: 1, 4 de octubre 1996.

⁶⁵ “31. Regla general de interpretación. (1) Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (2) Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. (3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; (c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. (4) Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

⁶⁶ Véase Órgano de Apelación, omc, “Estados Unidos: Section 301 Trade Act”, WT/DS152/142, 28 de febrero del 2000, párrafo 7.22: “los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 —el texto, el contexto y el objeto y el fin, así como la buena fe— han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de como una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico”.

⁶⁷ “32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969.

respecto del criterio establecido en el artículo 31.3(c) de la Convención de Viena, también denominado *integración sistemática*. Curiosamente, en la Sentencia C-254 del 2019, la Corte interpretó el texto del tratado bajo escrutinio constitucional acudiendo a la Convención de Viena y, de manera puntual, lo analizó bajo la luz del artículo 31.3(c) mencionado⁶⁸.

En efecto, la Corte debió acudir al sentido ordinario de las palabras —para lo cual pudo, por ejemplo, acudir a las definiciones contenidas en diversos instrumentos internacionales para luego contrastarlas⁶⁹—, tomar en cuenta la finalidad de la cláusula de TJE e indagar por el *contexto* en el que fue redactada como parte de un EMT. Sin embargo, este ejercicio holístico se echa de menos en la Sentencia C-252 del 2019.

Asimismo, cabe recordar que el artículo 31.3(c) de la Convención de Viena establece que, para efectos del ejercicio de interpretación, habrá de tenerse en cuenta: “(c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En subsistemas del derecho internacional, como en el derecho internacional de las inversiones, los criterios de interpretación, de acuerdo con el reporte sobre fragmentación de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (ILAC)⁷⁰, presentan renovadas discusiones debido a la multiplicidad de fuentes que pueden resultar aplicables.

En cualquier caso, el principio contenido en el artículo 31.3(c) de la Convención de Viena tiene por finalidad dotar de coherencia las disposiciones de derecho internacional, en función de su entorno normativo. Tal y como lo señaló el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del

⁶⁸ C. Const., Sent. C-254 del 2019, apartado 63.

⁶⁹ Ese ha sido el enfoque utilizado en el derecho de la OMC frente a la interpretación de tratados. Véase Órgano de Apelaciones, OMC, “Canadá: medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles”, WT/DS70/AB/R (AB-1999), 9 de mayo del 2000; Órgano de Apelación, OMC, “Comunidades europeas: medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”, WT/DS135/AB/R (AB-2000-11), 12 de marzo del 2001, párrafo 92: “Sin embargo, como hemos señalado con anterioridad, los significados de la palabra según el diccionario dejan abiertas muchas cuestiones de interpretación”. Órgano de Apelación, OMC, “Estados Unidos: medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, WT/DS285/AB/R (AB-2005-1), 16 de febrero del 2005, párrafo 64: “Para determinar el sentido corriente, un grupo especial puede partir de las definiciones dadas por los diccionarios sobre las expresiones que se deben interpretar. Pero los diccionarios no bastan necesariamente para resolver problemas de interpretación complejos, ya que normalmente procuran registrar todas las acepciones de las palabras, ya sean corrientes o excepcionales, universales o especializadas”.

⁷⁰ Koskeniemi, *Fragmentation of International Law*.

Comercio (omc), en su informe “Comunidades europeas y determinados Estados miembros: medidas que afectan el comercio de grandes aeronaves civiles”,

el párrafo 3(c) del artículo 31 de la Convención de Viena es una expresión del “principio de integración sistémica”, cuya finalidad, en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, es que “las obligaciones internacionales se interpreten en relación con su entorno normativo” en forma que confiera “coherencia y pertinencia” al proceso de interpretación jurídica⁷¹.

Este análisis requiere que se verifique, para efectos de la interpretación de un término —como la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”—: (1) que el instrumento que se utilice para interpretar la disposición normativa sea una regla de derecho internacional; (2) que sea pertinente; y (3) que sea aplicable a la relación entre las partes⁷².

⁷¹ Órgano de Apelación, omc, “Comunidades europeas y determinados Estados miembros: medidas que afectan el comercio de grandes aeronaves civiles”, WT/DS316/44, 18 de mayo del 2011, párr. 845.

⁷² “Textual analysis of article 31(3)(c) reveals a number of aspects of the rule which deserve emphasis: (a) It refers to ‘rules of international law’ – thus emphasizing that the reference for interpretation purposes must be to rules of law, and not to broader principles or considerations which may not be firmly established as rules; (b) The formulation refers to rules of international law in general. The words cover all the sources of international law, including custom, general principles, and, where applicable, other treaties; (c) Those rules must be both relevant and ‘applicable in the relations between the parties’. The sub-paragraph does not specify whether, in determining relevance and applicability one must have regard to all parties to the treaty in question, or merely to those in dispute; (d) The sub-paragraph contains no temporal provision. It does not state whether the applicable rules of international law are to be determined as at the date on which the treaty was concluded, or at the date on which the dispute arises” (“El análisis textual del artículo 31(3)(c) revela una serie de aspectos de la norma que merecen ser destacados: (a) Se refiere a ‘normas de derecho internacional’, con lo que se pone de relieve que la referencia a efectos de interpretación debe ser a normas de derecho, y no a principios o consideraciones más amplias que pueden no estar firmemente establecidos como normas; (b) La formulación se refiere a normas de derecho internacional en general. Las palabras abarcan todas las fuentes del derecho internacional, incluyendo la costumbre, los principios generales y, en su caso, otros tratados; (c) Esas normas deben ser tanto relevantes como ‘aplicables en las relaciones entre las partes’. El apartado no especifica si, para determinar la pertinencia y la aplicabilidad, hay que tener en cuenta a todas las partes del tratado en cuestión o sólo a las que están en litigio; (d) El apartado no contiene ninguna disposición temporal. No indica si las normas de derecho internacional aplicables deben determinarse en la fecha de celebración del tratado o en la fecha en que surge la controversia” [traducción propia]). Koskeniemi, *Fragmentation of International Law*, párr. 426.

Como bien se sabe, es generalmente aceptado que las fuentes de derecho internacional están contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁷³. Esas fuentes —reconocidas incluso por la propia Corte Constitucional⁷⁴— incluyen, como fuentes principales o formales, sin una jerarquía determinada, las *convenciones internacionales*, la *costumbre internacional* y los *principios generales de derecho*.

Sin embargo, la Corte no acudió a tratados celebrados por las partes con textos similares para buscar establecer el contenido del artículo 4.° del Acuerdo, ni planteó la discusión propia de la relación del TJE y el EMT con el derecho internacional consuetudinario para solucionar sus dudas. La Corte tampoco consultó los principios generales de derecho que pueden servir como un parámetro.

El haber acudido a la Convención de Viena le habría permitido a la Corte, cuando menos: (1) apreciar las fuentes de derecho internacional aplicables y realizar la interpretación del tratado de acuerdo con la normatividad especial establecida para dicha materia, conforme a la cual, además, se ha comprometido Colombia a interpretar los tratados internacionales; (2) ligado a lo anterior, analizar casos con disposiciones similares, contrario a lo realizado en el Acuerdo, con la finalidad de definir si el contenido del EMT consagrado en el artículo 4.° de este es aquel de los “tratados de primera generación” o ha evolucionado, ofreciendo una mayor protección que bajo el derecho internacional consuetudinario; (3) definir el alcance de las obligaciones bajo el TJE que Colombia ha adquirido en diversos tratados internacionales; (4) establecer un punto de partida para el contenido del EMT, sobre el cual se analizaría la existencia o no de la señalada ambigüedad; y, por último, (5) tener en cuenta el método de interpretación propio del derecho internacional como su remedio constitucional.

La Corte Constitucional sí acudió a fuentes subsidiarias como lo son las decisiones judiciales, los laudos arbitrales y las doctrinas de los publicistas

⁷³ “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren”. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, art. 38.

⁷⁴ Véase el resumen de fallos a los que hace alusión la magistrada Diana Fajardo en su salvamento de voto, C. Const., Sent. C-252 del 2019, nota 874.

de mayor competencia. En este sentido, la Corte acudió a la doctrina para señalar que se discute si

el alcance de la cláusula de TJE está limitado al clásico estándar de no denegar justicia, o si admite interpretaciones más flexibles relacionadas con (i) el trato arbitrario o discriminatorio, (ii) la violación del debido proceso y la falta de transparencia, (iii) la protección de las expectativas legítimas y (iv) la obligación de garantizar la estabilidad jurídica de las inversiones⁷⁵.

Al parecer la Corte no aborda el EMT, pero busca extraer alguna equivalencia con la “denegación de justicia”⁷⁶; sin embargo, no hay una explicación que aclare la aproximación de la Corte. Posteriormente, y para analizar cada una de las interpretaciones flexibles que enuncia, acude a los fallos proferidos por tribunales arbitrales. Así, sin negar la importancia de las decisiones arbitrales como guías e instrumentos que sirven para aclarar el alcance de los derechos y las obligaciones en el derecho internacional de inversiones, lo cierto es que las decisiones arbitrales siguen siendo reglas *subsidiarias* de interpretación que no equivalen a precedente⁷⁷. Esto sin contar con el hecho de que esas mismas decisiones se refieren en concreto a disposiciones de tratados que pueden variar sustancialmente en su lenguaje respecto del texto del Acuerdo y, por ende, resultar inaplicables como auxilio interpretativo.

No obstante, y como se analizará a continuación, el uso de los laudos y su lectura por parte de la Corte Constitucional resulta cuestionable, en tanto acude a estos como parámetros interpretativos *principales*, dejando a un lado las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena. Esto es además relevante teniendo en cuenta la ausencia de una posición pacífica sobre el valor de los laudos como método de interpretación en el arbitraje internacional. A continuación, se analiza cómo la Corte construyó sus aproximaciones en cuanto a: (1) el trato arbitrario o discriminatorio; y (2) la violación de debido proceso y transparencia⁷⁸.

⁷⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 192.

⁷⁶ *Ibid.*, apartado 4.4(iii).

⁷⁷ Por ejemplo, véanse Andrea K. Bjorklund, “Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante”, en *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, editado por Colin Picker, Isabella Bunn y Douglas Arner (Londres: Hart Publishing, 2008); Jeffery P. Commission, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration* 24, n.º 2 (2007); *AES Corp. (U.S.) c. Argentina*, CIADI (W. Bank) Caso n.º ARB/02/17, 30, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril del 2005; C. Const., Sent. C-252 del 2019, salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, nota 849.

⁷⁸ El escrito no abordará el análisis de la Corte Constitucional sobre las cuestiones asociadas a la expresión “expectativas legítimas”.

Frente al trato arbitrario y discriminatorio

La Corte inicia su análisis acudiendo a los casos *CMS c. Argentina* y *LG&E Corp. y otros c. Argentina*; así, señala expresamente que estos casos reflejan la tendencia actual de los tribunales sobre el trato arbitrario y discriminatorio. Sin embargo, resulta cuestionable acudir a esos casos con el fin de establecer el contenido del TJE previsto en el artículo 4.° del Acuerdo.

Primero, el estándar del TJE previsto en el artículo 4.° del Acuerdo difiere sustancialmente de aquel previsto en el artículo 11(2)(a) del TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos, en el que está consagrado el TJE que analizaron los tribunales en los casos *CMS* y *LG&E*. En efecto, una simple comparación de textos resulta suficiente para cuestionar esta comparación (tabla 8.1).

TABLA 8.1. Comparación del estándar de TJE previsto en el Acuerdo y el TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos

Artículo 4.° del Acuerdo	Artículo 11(2)(a) del TBI Argentina-Estados Unidos
“Artículo 4.°. Estándar mínimo de trato. 1. Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, <i>inter alia</i>: a. La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso. b. La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones. Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas. La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar. Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este parágrafo”.	“Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”.

Fuente: elaboración propia con base en el texto de artículo 4.° del Acuerdo y el artículo 11(2)(a) del TBI Argentina-Estados Unidos.

Una comparación simple del texto permite identificar que existen profundas diferencias entre ambas disposiciones. El Acuerdo desarrolla unas resoluciones propias para darle un contenido al estándar de *TJE*, mientras que el artículo 11(2)(a) otorga un mayor margen de discrecionalidad a los tribunales de arbitraje. Por ello, no resulta claro por qué la Corte acude a los tribunales de *CMS* y *LG&E*, los cuales analizaron una disposición con diferencias tan significativas frente al Acuerdo.

Segundo, la Corte omite una diferencia fundamental entre los tratados. En efecto, el *TBI* celebrado entre Argentina y Estados Unidos contiene un estándar de “trato arbitrario y discriminatorio” autónomo, que no está dentro del alcance de un *EMT* o un *TJE*. El artículo 11(a)(b) del *TBI* Argentina-Estados Unidos señala:

(b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones. A los fines de la solución de controversias de conformidad con los artículos VII y VIII, una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de revisar tal medida en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes⁷⁹.

Nótese que este es un estándar propio cuyo texto no se encuentra en el artículo 4.º del Acuerdo; por el contrario, el artículo 4.º del Acuerdo incluye la noción de trato arbitrario y discriminatorio dentro del *EMT* y el *TJE*.

Tercero, y como resultado de lo anterior, la Corte Constitucional cita disposiciones de los casos *CMS* y *LG&E* que no analizan el estándar del *TJE*, sino el estándar autónomo de “trato arbitrario y discriminatorio”. Esto resulta cuestionable toda vez que las citas de la Corte no se refieren a que el trato arbitrario y discriminatorio sea parte del *TJE*, sino a que precisamente son estándares separados. Por ejemplo, en palabras del tribunal del caso *LG&E*: “Teniendo en cuenta el análisis del Tribunal, calificar que las medidas no fueron arbitrarias, no significa establecer que fueran justas y equitativas o que no afectaron la estabilidad del marco jurídico del transporte del gas en Argentina”⁸⁰.

⁷⁹ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, artículo 11(a)(b).

⁸⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentina*, caso CIADI n.º ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad, 2007, par. 162.

El mismo tribunal señala que es distinto un estándar de trato arbitrario frente a un TJE. En consecuencia, no resulta prudente señalar que este es un caso que “refleja la tendencia actual” en materia de trato arbitrario y discriminatorio, cuando el estándar del artículo 4.° es sustancialmente distinto y se encuentra dentro del alcance de un EMT y de un TJE. La Corte debió acudir primero a los textos del TBI Argentina-Estados Unidos, con el fin de identificar esta diferencia frente al artículo 4.° del Acuerdo.

La Corte no tuvo en cuenta la posición del tribunal de *CMS* frente a la evolución del TJE y su relación con el derecho internacional consuetudinario. Como se señaló, el tribunal de *CMS* parece apoyar una interpretación en la que el EMT ha evolucionado a tal punto que otorga protecciones en el derecho consuetudinario más allá de las previstas en el estándar de *Neer* y lo consagrado en los casos que desarrollan el artículo 1105 del NAFTA. Por ende, el estándar de TJE del caso *CMS* no pareciera ser completamente relevante para efectos de la interpretación del artículo 4.° del Acuerdo o, por lo menos, la Corte omite explicar cómo dicho estándar es relevante, lo cual deja más preguntas que respuestas. Ante esta incertidumbre, la Corte acude a una cita del caso *CMS* en la que el tribunal se refiere a la relación de dos estándares autónomos, el TJE y “trato arbitrario y discriminatorio”, pero dicha cita no señala que el trato arbitrario o discriminatorio sea parte del EMT o del TJE.

La Corte no aclaró que, en efecto, el tribunal en el caso *CMS* encontró que Argentina era responsable por violar el estándar de TJE, pero no encontró violación del estándar de “trato arbitrario o discriminatorio”. Por esta razón, los casos *CMS* y *LG&E* no parecen adecuados para establecer el alcance y el contenido del artículo 4.° del Acuerdo.

Por último, dada la complejidad y el notorio avance en el derecho internacional de inversiones, la Corte pudo haber considerado algunas decisiones más recientes que aquellas en las cuales basó su análisis y a las que calificó como “tendencia actual” en la materia. Así, algunas decisiones más recientes han recogido las críticas sobre la amplitud del concepto de TJE y han sido más cuidadosas al momento de determinar su contenido⁸¹.

⁸¹ Tal ha sido el caso de los arbitrajes que se han iniciado con fundamento en el Energy Charter Treaty. Véase Sondra Faccio, “The assessment of the FET standard between legitimate expectations and economic impact in the Italian solar energy investment case law”, *Questions of International Law*, n.° 71, (2020): 3-20.

Frente a la violación del debido proceso y la transparencia

La Corte Constitucional se refirió a los casos *Waste Management, Inc. c. México* y *Metalclad Corp. c. México* para reseñar las garantías de transparencia que eventualmente podrían surgir del estándar de TJE; sin embargo, la referencia a dichos casos resulta cuestionable frente al artículo 4.° del Acuerdo.

Primero, la Corte acudió a un laudo anulado para sustentar su posición respecto de la noción de transparencia; en efecto, la Corte citó el caso *Metalclad* para desarrollar esta noción⁸². Si bien es cierto que el tribunal del caso *Metalclad* encontró que existió una violación del artículo 1105 del NAFTA, con ocasión de un desconocimiento del Estado mexicano del deber de transparencia⁸³, la Corte omitió que estos apartes del laudo fueron anulados por las cortes de Columbia Británica, lugar del arbitraje⁸⁴. En particular, el juez de anulación señaló: “Incluso con la interpretación más amplia del artículo 1105, el Tribunal decidió sobre una cuestión ajena al ámbito de la solicitud de arbitraje al basar su conclusión de incumplimiento en el concepto de transparencia”⁸⁵ [traducción propia].

Por ende, no existe una autoridad legal que justifique que la noción de transparencia forma parte del EMT de acuerdo con el artículo 1105 del NAFTA. La Corte acudió a disposiciones anuladas para referirse a la transparencia y no a las fuentes de derecho internacional aplicables y a las normas de interpretación relevantes para construir una noción de transparencia en el contexto del artículo 4.° del Acuerdo.

Segundo, y como resultado de lo anterior, la Corte no abordó el debate alrededor de la transparencia y su relación con el EMT. En particular, la Corte citó el caso *Waste Management* para asociar la noción de transparencia a la del debido proceso, bajo el EMT previsto en el artículo 1105 del NAFTA⁸⁶. Sin embargo, la Corte no se refirió a la ausencia de consenso entre los distintos tribunales arbitrales respecto de si la noción de transparencia forma parte o no del EMT. En particular, el tribunal de *Cargill v. México*

⁸² C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 196.

⁸³ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, caso ICSID n.° ARB(AF)/97/1, 30 de agosto del 2000.

⁸⁴ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 2 de mayo del 2001, BCSC 664.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 74: “Even with the broader interpretation of Article 1105, the Tribunal still made a decision on a matter outside the scope of the submission to arbitration by basing its finding of a breach on the concept of transparency”.

⁸⁶ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 195.

estableció que el demandante no logró probar que existiera un deber de transparencia en el EMT previsto en el artículo 1105^[87].

En consideración con lo anterior, la Corte no abordó cómo interpretar o construir el concepto de transparencia propio del EMT previsto en el artículo 4.º del Acuerdo. El hecho es que la Corte omitió entrar a analizar si estaba abordando una noción propia del EMT o si, por el contrario, se trataba de una noción propia de un estándar autónomo que va más allá del derecho internacional consuetudinario. El texto del artículo 4.º del Acuerdo invitaba estas reflexiones.

En todo caso, no resulta claro si la Corte decidió omitir este debate o si asumió que el EMT propio del artículo 4.º es aquel del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, con el fin de analizar el alcance del EMT previsto en el artículo 4.º del Acuerdo, la Corte recurrió a citas del modelo del Gobierno de la India para TBI, el cual, en su artículo 3.1, señala que el respectivo EMT es aquel propio del derecho internacional consuetudinario⁸⁸.

Por otra parte, la Corte también se refirió al artículo 8.10 del Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) entre Canadá y la Unión Europea⁸⁹. El texto del mencionado artículo guarda semejanzas con el artículo 4.º del Acuerdo, aunque la disposición del CETA no se refiere a un EMT, ni tiene una referencia al derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, la Corte se concentró en otros aspectos y dejó de lado los debates asociados a la noción de EMT y su posible evolución bajo el derecho internacional. Es difícil ignorar estos debates cuando la pretensión de la Corte radica en proteger la “seguridad jurídica” que forma parte de la Constitución.

Los remedios constitucionales

La Corte Constitucional decidió declarar exequible la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”, prevista por el artículo 4.º del Acuerdo, a condición de que las partes contratantes

⁸⁷ *Cargill v. United Mexican States*, caso ICSID n.º ARB(AF)/05/2 (NAFTA), laudo, 18 septiembre del 2009, par. 294.

⁸⁸ Ministry of Finance, Government of India, “Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty”, 2016, art. 3.1., https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelTextIndia_BIT_0.pdf

⁸⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 199; Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea, art. 8.10, <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>.

definieran su contenido de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

El 5 de agosto del 2020, las partes suscribieron una declaración interpretativa conjunta, con ocasión de las distintas órdenes emitidas en la Sentencia C-252 del 2019. Con respecto al artículo 4.º, las partes limitaron el alcance del TJE a unas situaciones específicas.

Frente a la expresión “derecho internacional aplicable”, las partes acordaron referirse a las “fuentes relevantes de derecho internacional público, a saber, los tratados internacionales, en particular aquellos celebrados entre las Partes Contratantes, las normas internacionales consuetudinarias o las decisiones judiciales y la jurisprudencia arbitral”⁹⁰.

La declaración interpretativa señala que el TJE contemplado en el artículo 4.º como EMT debe tener en cuenta otras fuentes de derecho internacional, además de aquellas previstas en el derecho internacional consuetudinario. Estas incluyen la “jurisprudencia arbitral”, con lo cual, curiosamente, la decisión de la Corte terminó otorgándole un mayor poder a las decisiones proferidas por los tribunales de arbitraje inversionista-Estado. Con anterioridad a la declaración interpretativa conjunta, las decisiones arbitrales pasadas no constituían más que fuentes auxiliares o secundarias para determinar las reglas de derecho; a partir de esta y bajo el Acuerdo, las “decisiones judiciales y la jurisprudencia arbitral” se entienden como una fuente relevante de derecho internacional público.

Sin duda, esto da entrada a una discusión respecto al valor que se le debe otorgar a las decisiones proferidas por tribunales arbitrales en arbitrajes de inversión. Es cuestionable que exista una *jurisprudencia*, en el sentido doméstico de la palabra, tratándose del derecho internacional de las inversiones⁹¹. Sin embargo, en la Sentencia C-252 del 2019, la Corte pareciera

⁹⁰ Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020, num. 2.

⁹¹ Véase Mary Mitsi, “Chapter 6: Dialogical Network: Practice”, en *The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals*, editado por Mary Mitsi (Nueva York: Kluwer Law International, 2018); Beata Gessel-Kalinowska Vel Kalisz y Konrad Czech, “The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration”, en *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 85, n.º 2 (2019): 162-168; Alejandro Linares, *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 332-335: “si bien las decisiones de los tribunales CIADI [Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones] solo son vinculantes para las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53(1) de la Convención de Washington, en la actualidad los tribunales arbitrales, especialmente aquellos bajo la égida del CIADI, son favorables a crear una jurisprudencia ‘constante’ o una ‘jurisprudencia coherente fundada en el uso del precedente’,”

haberle dado una inmensa relevancia al “precedente” arbitral, fundamentando su decisión en la lectura del Acuerdo a la luz, casi que exclusivamente, de fallos de tribunales arbitrales en arbitrajes de inversión. La naturaleza y vinculatoriedad de las decisiones arbitrales previas fue resaltada por el magistrado Linares en su aclaración y salvamento parcial de voto en los siguientes términos:

la Corte parece indicar que existe un sistema de precedentes en el derecho internacional al elaborar e interpretar conceptos jurídicos del Acuerdo amparándose casi que exclusivamente en los fallos de tribunales de arbitraje inversionista-Estado. Lo anterior desconoce abiertamente el sistema de fuentes del derecho internacional, el cual establece como regla general que las decisiones arbitrales constituyen medios auxiliares para la determinación de reglas de derecho, y no pueden vincular a Estados que no sean parte de la respectiva controversia⁹².

Esto significa que persisten las preguntas respecto de si el EMT reflejado en el artículo 4.º del Acuerdo es un estándar autónomo alejado del derecho internacional consuetudinario o si dicho texto puede constituir una evidencia de evolución del EMT bajo el derecho internacional consuetudinario. Por ende, los tribunales de arbitraje inversionista-Estado deberán analizar esta cuestión y precisar el alcance y contenido del artículo 4.º del Acuerdo. Así, la aproximación de la Corte Constitucional a la interpretación del TJE y el EMT, caracterizada por la inobservancia de la Convención de Viena, que debió regir dicha interpretación, terminó confirmando que los tribunales de arbitraje tendrán una buena discrecionalidad para definir el alcance del artículo 4.º. Lo anterior resulta curioso, toda vez que la Corte pretendió, por medio de su remedio constitucional, buscar limitar dicha discrecionalidad.

En este mismo sentido, la declaración interpretativa señala que la obligación de otorgar un TJE se incumplirá cuando una medida constituya “un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos”⁹³. Al respecto, es llamativa esta precisión, que

convirtiéndose estos laudos en un tema central cuando de analizar el régimen jurídico aplicable a las disputas internacionales de inversión se trata. [...] Hoy en día se observa que si bien en diferentes tribunales y comités *ad hoc* se han referido a decisiones anteriores en el momento de dictar sus laudos, han señalado que no se encuentran atados por estas decisiones”.

⁹² C. Const., Sent. C-252 del 2019, aclaración y salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, apartado 4(a).

⁹³ Declaración Interpretativa Conjunta, num. 2(b).

incluye una violación del principio de transparencia del EMT del artículo 4.°, por cuanto no existe consenso en los tribunales inversionista-Estado de que un desconocimiento del principio de transparencia vulnere el EMT de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario.

CONCLUSIÓN

El EMT del Acuerdo mantiene una textura abierta que, a pesar de la Sentencia C-252 del 2019, no despoja a los tribunales de arbitraje inversionista-Estado de su competencia para definir, con amplio margen de discrecionalidad, su alcance y contenido. Así, los remedios constitucionales no parecen haber brindado claridad y certeza a las autoridades colombianas respecto de la interpretación y alcance de la expresión “derecho internacional aplicable” bajo el EMT.

Salvo algún futuro pronunciamiento de las partes, será la mal llamada “jurisprudencia arbitral” la encargada de definir el alcance del TJE y del EMT en el contexto del artículo 4.° del Acuerdo. Paradójicamente, los tribunales de arbitraje inversionista-Estado acudirán a las normas de interpretación de tratados en la Convención de Viena, las mismas normas que la Corte Constitucional no abordó en su búsqueda por la “seguridad jurídica”.

Con independencia de la intención de la Corte Constitucional, la Sentencia C-252 del 2019 y la Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia refuerzan la importancia de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje inversionista-Estado y constituyen un llamado de atención necesario a las autoridades nacionales, para que tengan en cuenta dichos fallos en el ejercicio de su poder público ante posibles vulneraciones del artículo 4.° del Acuerdo. En conclusión, los retos interpretativos para las autoridades nacionales se acentúan y no se simplifican con ocasión de la Sentencia C-252 del 2019.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 11 de diciembre del 2007. <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/peru/texto-final-del-acuerdo/texto-final-peru.pdf.aspx>

- Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea, 2017. <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>.
- Azurix Corp. c. República de Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/01/12, laudo, 14 de julio del 2006.
- Bjorklund, Andrea K. "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante". En *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, editado por Colin Picker, Isabella Bunn y Douglas Arner, 265-280. Londres: Hart Publishing, 2008.
- Cargill v. United Mexican States*. Caso CIADI n.º ARB(AF)/05/2 (NAFTA), laudo, 18 de septiembre del 2009.
- CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*. Caso CIADI n.º ARB/01/8, laudo, 12 de mayo del 2005.
- Collins, David. *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Comisión de Libre Comercio. "Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11", Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 31 de julio del 2001. http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp
- Commission, Jeffery P. "Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence". *Journal of International Arbitration* 24, n.º 2 (2007): 129-158.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-008, 23 de enero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-031, 28 de enero del 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-169, 7 de marzo del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-178, 9 de abril de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia C-254, 6 de junio del 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sentencia C-269, 2 de mayo del 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-275, 19 de junio del 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.
- Sentencia C-286, 13 de mayo del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-377, 19 de mayo del 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-864, 19 de octubre del 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945.

Faccio, Sondra. "The assessment of the FET standard between legitimate expectations and economic impact in the Italian solar energy investment case law". *Questions of International Law*, n.º 71 (2020): 3-20.

Gessel-Kalinowska Vel Kalisz, Beata y Konrad Czech. "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration". *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 85, n.º 2, (2019): 162-168.

Glamis Gold c. Estados Unidos. Caso UNCITRAL (NAFTA), laudo, 8 de junio del 2009.

Haeri, Hussein. "A Tale of Two Standards: Fair and Equitable Treatment and the Minimum Standard in International Law". *Arbitration International Kluwer Law* 27, n.º 1 (2011): 27-46.

Koskenniemi, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Ginebra: Naciones Unidas, 2006.

Lim, Chin Leng, Jean Ho y Martin Paparinskis. *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Linares, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentina. Caso CIADI n.º ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad, 2007.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States. Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto del 2000.

Ministry of Finance, Government of India. "Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty", 2016. https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelTextIndia_BIT_0.pdf

Mitsi, Mary. "Chapter 6: Dialogical Network: Practice". En *The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals*, editado por Mary Mitsi. Nueva York: Kluwer Law International, 2018

Mondev International Ltd. v. United States of America. Caso ICSID n.º ARB (AF)/99/2, laudo, 11 de octubre del 2002.

MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile. Caso CIADI n.º ARB/01/7, laudo, 25 de mayo del 2004.

Newcombe, Andrew y Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Nueva York: Kluwer Law International, 2009.

Shawn, Malcolm. *International Law*. 6.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Schill, Stephan W. "Ioana Tudor. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment. Oxford: Oxford University Press, 2008". *European Journal of International Law* 20, n.º 1 (2009): 236-239.

Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law". *Working Papers on International Investment*, n.º 2004/3 (2004). https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf

Órgano de Apelación, Organización Mundial del Comercio (OMC). "Canadá: medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles". WT/DS70/AB/R (AB-1999), 9 de mayo del 2000.

— "Comunidades europeas: medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto". WT/DS135/AB/R (AB-2000-11), 12 de marzo del 2001.

— "Comunidades europeas y determinados Estados miembros: medidas que afectan el comercio de grandes aeronaves civiles". WT/DS316/44, 18 de mayo del 2011.

— "Estados Unidos: medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas". WT/DS285/AB/R (AB-2005-1), 16 de febrero del 2005.

— "Estados Unidos: Section 301 Trade Act". WT/DS152/14, 28 de febrero del 2000.

— "Estados Unidos de América: pautas para la gasolina reformulada y convencional". WT/DS2/AB/R, DSR 1996: I, 29 de abril de 1996.

— "Japón: impuesto sobre las bebidas alcohólicas". WT/DS8/AB/R, DSR 1996: I, 4 de octubre de 1996.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), 17 de diciembre de 1992.

Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"). Caso ICSID n.º ARB (AF)/00/3, 30 de abril del 2004.

¿Las exigencias interpretativas de la Corte Constitucional sobre trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida tienen sentido en derecho internacional de las inversiones?*

*José Antonio Rivas
María Fernanda Estrada
María Lucía Casas A.
Mariana Reyes Múnera*

INTRODUCCIÓN

La Sentencia C-252 del 2019 —la sentencia del acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) con Francia—, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, es el resultado de un esfuerzo concienzudo de ejercer el control constitucional a un tratado de inversión, precedido por una audiencia pública, la cual contó con los jefes negociadores del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Francia sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, otros funcionarios públicos involucrados en las negociaciones, académicos, litigantes y árbitros en casos de arbitraje internacional de inversiones. Durante la audiencia, hubo posiciones encontradas y solicitudes de exequibilidad e inexequibilidad por parte de los intervinientes en casi todas las cláusulas sustantivas del tratado. Los argumentos expresados durante la audiencia y en los escritos de los intervinientes, desde polos opuestos, por una parte, cuestionan que tribunales internacionales conduzcan procesos arbitrales para establecer si un Estado ha violado los derechos de los inversionistas extranjeros, como una supuesta afrenta a una noción de soberanía nacional (mal entendida); y, por otra parte, conciben que si en realidad los tratados son leyes entre las partes, los Estados deberían respetar los estándares internacionales mínimos, como la no discriminación, el debido proceso y el principio de reparación, cuando haya habido

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.589>

una violación de los derechos de los inversionistas extranjeros. El ambiente en el cual se desarrolló la audiencia es un microcosmos de la discusión global, los desarrollos y las críticas al arbitraje internacional de las inversiones. Para aumentar, en la actualidad, Colombia es la parte demandada en diecisiete arbitrajes de inversión, de los cuales siete se relacionan con actuaciones judiciales de la Corte Constitucional, que, según los demandantes, habrían afectado sus derechos internacionales y sus inversiones como inversionistas extranjeros¹.

En medio de ese ambiente —donde se manifiestan las visiones opuestas de la *soberanía nacionalista* vs. la *soberanía expresada en los tratados negociados y consentidos por el Estado*—, la Corte estudió el APPRI con Francia. Ante las realidades actuales de Colombia, de la Corte misma y del arbitraje de inversión a nivel global, la Corte aplicó un test menos deferente al Ejecutivo como conductor de las relaciones internacionales, negociador y conocedor de las políticas públicas económicas e internacionales que más le convienen al Estado colombiano.

Paradójicamente, aunque la Corte exigió interpretaciones buscando proteger la discrecionalidad del Ejecutivo en la negociación de tratados internacionales, lo que terminó haciendo en temas particulares, como la cláusula de “nación más favorecida” (NMF), fue limitarla al socavar la decisión del Ejecutivo de que se puedan importar obligaciones sustantivas de otros tratados más favorables para los inversionistas. Este alcance estaba definido en el APPRI con Francia, al igual que en otros tratados de Colombia; sin embargo, la Corte limitó esta posibilidad bajo el argumento de que tenía que proteger la potestad negociadora del Ejecutivo, lo cual resulta completamente contradictorio.

Ese análisis resultó en la declaración de constitucionalidad del tratado, condicionada a que los Gobiernos de Colombia y Francia se sentaran de nuevo en la mesa y negociaran —como, en efecto, ya lo hicieron— una declaración interpretativa conjunta que aclarara varios de los temas que le preocupaban a la Corte. Evidentemente, aunque la Corte no le ordenó al Ejecutivo negociar un nuevo tratado, ¿cómo más se habría podido hacer una declaración interpretativa conjunta con Francia si no fuera negociándola?

Frente a la solución altamente pragmática de la Corte Constitucional de no declarar inexecutable el tratado —lo cual habría implicado años de renegociación, el paso por el Congreso y una nueva revisión por parte de la Corte— y de condicionarlo a una declaración interpretativa conjunta, ha

¹ C. Const., Sent. C-252, jun. 6/19, M. P. Carlos Bernal Pulido, apartado 62.

habido críticas. Por supuesto, quienes pedían que el tratado fuera declarado inexecutable, reflejando una concepción de soberanía nacionalista, no pueden haber quedado satisfechos. A su vez, aquellos más acostumbrados a la lógica del derecho internacional de las inversiones, al cuerpo de laudos de arbitraje de las inversiones —que en estricto sentido no es jurisprudencia creadora del concepto de *common law* de *precedente*—, que máximo puede implicar la existencia de líneas jurisprudenciales, en medio de más de 3300 tratados de inversiones en el mundo, tampoco parecen haber quedado satisfechos. Esto porque en temas puntuales, como la cláusula de NMF, la Corte no aplicó preceptos básicos de interpretación de tratados reconocidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); asimismo, porque exigió modificaciones al tratado, en particular la eliminación del término “*inter alia*” de la cláusula de “trato justo y equitativo” (TJE), denotando así su carencia de entendimiento del concepto de *costumbre internacional* y exigiendo la inclusión de una lista exhaustiva, pero amplia, de posibles situaciones que podrían generar violación de TJE, en lugar de una lista abierta. Esto resulta paradójico, ya que, antes del pronunciamiento de la Corte, eran menos las causales de violación de TJE que aquellas incluidas en la nueva lista, aumentando así la posibilidad de que el Estado sea responsable por la violación de TJE. Y, por último, porque, respecto al concepto de *expectativas legítimas*, a pesar del esfuerzo por lograr mayor claridad, con el fin de proteger el principio de seguridad jurídica establecido en la Constitución Política, la orden de aclaración adiciona confusión, ya que la Corte en ningún momento analiza qué es lo que hace que una expectativa sea “legítima” y tampoco profundiza en su contenido y alcance bajo el tratado.

Independientemente de las críticas de lado y lado al esfuerzo de la Corte, surgen dos preguntas que poco se han discutido: (1) ¿qué le importa al derecho internacional público que la Corte Constitucional de Colombia haya exigido una declaración interpretativa conjunta antes de que el Estado colombiano ratificara el APPRI con Francia?; y (2) ¿qué consecuencias tiene la declaratoria de constitucionalidad condicionada para la responsabilidad internacional del Estado colombiano? Antes de que los críticos de la sentencia del APPRI con Francia se rasguen las vestiduras por aquello que la Corte haya entendido correctamente o no, bajo el derecho internacional público y el derecho internacional de las inversiones, es preciso responder las anteriores preguntas básicas.

Frente a las anteriores preguntas, desde la perspectiva del derecho internacional público, no es relevante que el APPRI haya sido declarado constitucional de manera condicionada. Tampoco habría importado, desde la

perspectiva del derecho internacional público, que la Corte lo hubiera declarado inexecutable. A Francia seguro le habría importado, pero no al derecho internacional público, pues, antes de su ratificación, no hay tratado vigente, ni obligaciones qué violar —excepto aquella de no ir en contra del objeto y fin del tratado, según lo establece el artículo 18 de la CVDT—. Así mismo, la exigencia de que se efectuara una declaración interpretativa conjunta antes de ratificar el tratado tampoco acarrea ninguna consecuencia de responsabilidad internacional para el Estado colombiano.

Antes de que el tratado sea ratificado, el Estado colombiano tiene un amplio margen de maniobra para renegociarlo, cambiar sus contenidos o solicitar que ciertas cláusulas se interpreten de determinada forma, en virtud del principio de consentimiento que tanto Colombia como Francia tienen el derecho de ejercer. El derecho de los tratados y el principio de consentimiento tienen tanto poder que, aun cuando Colombia y Francia decidieran no reflejar entendimientos ortodoxos en materia de derecho internacional de las inversiones en su APPRI y se alejaran de líneas jurisprudenciales tradicionales, lo podrían hacer, siempre y cuando no violaran ninguna obligación de *ius cogens*. Habiendo respondido las anteriores preguntas básicas relativas a las consecuencias inmediatas de la sentencia del APPRI con Francia, nos referimos a una supuesta tensión mencionada por la Corte.

La Corte en la sentencia del APPRI con Francia explicó lo que a su entender son las tensiones que existen entre el derecho constitucional y el derecho internacional de las inversiones². Esa caracterización es errónea. Más que una tensión característica o natural entre el derecho constitucional y el derecho internacional de las inversiones, se trata de dos áreas del derecho con ámbito de aplicación enteramente distintas: una es el derecho doméstico, donde opera el derecho constitucional, incluso el derecho constitucional internacional; y la otra es el derecho internacional público, donde se ubica el derecho internacional de las inversiones. En estricto sentido, la supuesta “tensión” es una categoría académica y no jurídica, en este caso, porque la Constitución Política tiene un mecanismo sofisticado de control de tratados. Con la denominación “tensión”, pareciera que en el mundo del derecho hubiera dos fuerzas contrarias, cada una tirando hacia polos opuestos. Pero ese imaginario del derecho como un todo es confuso e ignora

² Por *derecho constitucional* los autores se refieren al sistema de derecho que se desprende de la Constitución Política de la República de Colombia y las interpretaciones de esta que ha realizado la Corte Constitucional. Por su parte, por *derecho internacional público* los autores se refieren al sistema de derecho que se desprende de las fuentes de derecho establecidas en el artículo 31 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

antes que nada que es necesario reconocer que estamos ante dos sistemas de derecho distintos: el derecho constitucional y el derecho internacional público, el cual comprende el derecho internacional de las inversiones. En concreto, entre las dos áreas de derecho mencionadas al momento de la revisión de la Corte, únicamente el derecho constitucional era vinculante para Colombia en su derecho doméstico. Mientras tanto, en el área del derecho internacional de las inversiones y el APPRI con Francia, aún nada³ formaba parte del derecho internacional público vinculante entre Colombia y Francia.

El derecho internacional de las inversiones lo hacen los Estados, los cuales son los actores primarios de derecho internacional público. No se hace solo. La Constitución Política es sofisticada en tanto busca prevenir un conflicto antes de que los dos tipos de derecho lleguen a ser contradictorios —para evitar que se llegue a una antinomia entre derecho constitucional y derecho internacional de las inversiones⁴—. Mientras que estos dos derechos son sistemas jurídicos distintos, salvo que existiera un mecanismo para prevenirlo, bien podría ocurrir que el Ejecutivo de un Estado adquiriera obligaciones internacionales que fueran contrarias a principios constitucionales domésticos. En ese caso, se generaría una antinomia, la cual implica que haga lo que haga el Estado tendría que incumplir una de dos: ya sea una obligación internacional o una obligación constitucional. Pero la Constitución Política de Colombia exige que la Corte haga una revisión de su constitucionalidad antes de que el Estado colombiano ratifique un tratado internacional. Tal revisión, como es obvio, no depende del derecho internacional de las inversiones vigente que existe entre otros Estados, o entre Colombia y otros Estados, depende del test de revisión constitucional que aplique Colombia.

Con la sentencia del APPRI con Francia, la Corte respondió a estímulos de actualidad mundial, que ella traduce como una necesidad de establecer un test más estricto al analizar la constitucionalidad de los tratados de inversión. Tales estímulos de actualidad mundial no son ajenos al desarrollo del cuerpo de derecho internacional de las inversiones.

³ Salvo la obligación de no contradecir el objeto y fin del tratado, de acuerdo con el artículo 18 de la CVDI.

⁴ Los siguientes son ejemplos de constituciones que no cuentan con revisión constitucional previa: Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, art. 109.3; Constitución de la República Oriental de Uruguay, 1967, art. 239.1; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, arts. 105 y 133.

A principios del siglo **xxi**, Argentina fue llevada a arbitrajes en más de cuarenta casos de inversión⁵. De forma paralela, Estados Unidos, con el caso *Loewen v. EE. UU.*, fue señalada de haber violado el TJE y de denegar justicia bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), pero por una cuestión de jurisdicción no fue declarada responsable internacionalmente⁶. Luego, Venezuela tuvo que enfrentar cincuenta casos en su contra⁷. En los últimos diez años se han visto casos en contra de Estados de Europa Occidental, encabezados por España, con cincuenta y un casos, tres casos contra Alemania y dos contra Bélgica, entre otros, que se sorprenden por las demandas bajo tratados bilaterales que negociaron con la aspiración de que únicamente fueran sus nacionales inversionistas los demandantes contra Estados receptores de inversión⁸.

En cada uno de estos momentos históricos en el derecho internacional de inversiones, ese cuerpo de derecho ha sido objeto de críticas por parte de comentaristas, académicos y jueces locales, quienes consideran las posibles declaratorias de responsabilidad internacional en contra de su Estado por parte de tribunales inversionista-Estado como una afectación a la soberanía nacional⁹. Esas críticas están motivadas porque el Estado anfitrión haya

⁵ Véase Paolo di Rosa, “The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues”, *The University of Miami Inter-American Law Review* 36, n.º 1 (2004): 41-74; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Argentina”, *Investment Policy Hub*, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>.

⁶ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*, caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3, laudo arbitral, 26 de junio del 2003, para. 39.

⁷ Sergey Ripinsky, “Venezuela’s Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve”, *Investment Treaty News*, 2012, <https://www.iisd.org/itn/en/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Venezuela”, *Investment Policy Hub*, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of>.

⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Base de datos de casos, s.f. <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>; Permanent Court of Arbitration, PCA Case Repository, s.f., <https://www.pccases.com/web/search/>.

⁹ Por supuesto, la afectación a la soberanía nacional no es el único sentimiento adverso ni la única crítica al sistema de resolución de controversias inversionista-Estado. En el Grupo III de de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), los Estados, académicos, árbitros y actores del sistema de derecho internacional de las inversiones debaten los defectos, retos y maneras de mejorar dicho sistema. Un análisis de tales cuestiones desborda el alcance de este capítulo, pero incluye, entre otras, las siguientes cuestiones: (1) costos y duración excesivos de los procedimientos, así como poco retorno de los costos de los laudos; (2) inexactitudes o decisiones percibidas como incorrectas; (3) falta de consistencia en la interpretación de problemas jurídicos similares; (4) falta de diversidad entre las listas de árbitros; y (5) falta de independencia y neutralidad de los árbitros. Véase

sido, o por la posibilidad de que sea declarado responsable, en procesos arbitrales internacionales con base en un tratado de inversión, en laudos arbitrales no siempre consistentes entre ellos y en doctrinas heterogéneas. Las negociaciones del Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), en parte liderado por Europa, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros (CETA) y los demás tratados de Europa con capítulos de inversión con Singapur y Vietnam reflejan una mayor consciencia de países europeos que ahora pueden ser declarados responsables internacionalmente. Así mismo, ahora que Colombia tiene diecisiete arbitrajes de inversión, es natural, como ha ocurrido en otros países, que haya mayor escrutinio sobre lo que se negocia. Más aún, la preocupación de la Corte Constitucional sobre los tratados de inversión tiene que ser mayor cuando, como lo mencionamos, siete arbitrajes de inversión han sido iniciados contra Colombia con relación a actuaciones de la Corte, las cuales podrían ser declaradas internacionalmente ilícitas si hubieran violado el TJE a inversionistas extranjeros y sus expectativas razonables y legítimas¹⁰.

Ante el creciente número de casos en contra de Colombia, fue evidente la preocupación de la Corte Constitucional durante la audiencia pública sobre el APPRI con Francia. Sus preguntas denotaron sorpresa. Los magistrados indagaban si, y cómo, siendo la Corte Constitucional la corte de última instancia en cuestiones constitucionales de la República de Colombia, sus decisiones judiciales podían llevar a la responsabilidad internacional del Estado colombiano en cuestiones distintas a la denegación de justicia. A pesar de su sorpresa, la Corte Constitucional sabe —lo tiene que saber— que sus decisiones pueden dar pie a la responsabilidad internacional del Estado colombiano si estas violan obligaciones internacionales, porque como lo

Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potesta, “Reform of ISDS: matching concerns and solutions”, *EJIL TALK! Blog of the European Journal of International Law* (blog), 3 de abril del 2019, <https://www.ejiltalk.org/reform-of-isds-matching-concerns-and-solutions/>; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), “Grupo de Trabajo III, Documento de Trabajo n.º A/CN.9/WG.III/WP.149”, noviembre del 2018, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/064/96/PDF/V1806496.pdf?OpenElement>

¹⁰ Siete casos iniciados en contra de Colombia se fundamentan en decisiones tomadas por la Corte Constitucional: *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB/16/41; *Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB/18/12; *Galway Gold Inc. C. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB/18/13; *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB(AF)/16/5; *Telefónica S.A. c. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB/18/3; *Carrizosa Gelzís c. República de Colombia*, caso CPA n.º 2018-56; *Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia*, caso CIADI n.º ARB/18/5.

ha dicho la Corte Internacional de Justicia, el derecho doméstico, incluso las sentencias de la máxima corte judicial doméstica, “son meros hechos en derecho internacional”¹¹. En últimas, volvemos a uno de los temas centrales de este capítulo: la voz de la Corte Constitucional y sus sentencias tienen efectos en derecho doméstico. Mientras tanto, son los tribunales internacionales los llamados a adjudicar las disputas internacionales que surgen de los tratados de inversión.

Por los estímulos de la actualidad mundial en derecho internacional de inversiones, pero en especial por los crecientes casos en contra de Colombia y por el papel que la Corte ha desempeñado en ese crecimiento, según las demandas de los inversionistas extranjeros, era de esperarse que la Corte adoptara un test más estricto. Como se desarrolla a lo largo de este capítulo, ese nuevo test podría generar nuevos estándares en el análisis constitucional de este tipo de tratados de Colombia con otras naciones y, en últimas, podría llevar a que el Ejecutivo renegocie tratados ya vigentes al aplicar las nociones ahora exigidas por la Corte.

Luego de contextualizar los eventos de actualidad mundial y colombiana en arbitraje de inversión que ambientaron el análisis por parte de la Corte Constitucional, este capítulo examina la Sentencia C-252 del 2019 de la Corte desde dos perspectivas. Primero, analizamos la sentencia desde el derecho constitucional internacional, también conocido como derecho internacional de las relaciones exteriores, es decir, desde aquella área del derecho constitucional que se ocupa de las relaciones internacionales. Desde esta perspectiva, consideramos si la Corte se extralimitó en sus funciones constitucionales al aplicar un test menos deferente al Ejecutivo. Segundo, examinamos la sentencia de la Corte desde la perspectiva de los preceptos del derecho internacional público y el cuerpo de derecho internacional de las inversiones, entendido como lo hemos explicado, esto es, incluye líneas jurisprudenciales provenientes de laudos que no son precedentes y un universo de más de 3300 tratados de inversión y doctrinas heterogéneas. Más que cuestionar si la Corte, en el razonamiento que aplicó, se suscribe a ciertas líneas jurisprudenciales de arbitraje de inversión o a ciertas doctrinas de publicistas internacionales, nuestro análisis aquí fue sencillo: evaluamos si lo que la Corte ordenó, en especial en materia de TJE, expectativas legítimas, trato nacional (TN) y NMF, tiene sentido en derecho internacional público y en el cuerpo de derecho internacional de las inversiones. Finalmente, a partir del anterior análisis, presentamos las conclusiones.

¹¹ La Corte Permanente de Justicia Internacional hizo esta referencia en el fallo de fondo del caso *Intereses Alemanes en Alta Silesia Polaca*, caso CPJI, serie A, n.º 7, 25 de mayo de 1926, p. 19.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL APPRI CON FRANCIA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del APPRI con Francia bajo el entendido de que los Gobiernos colombiano y francés firmaran una declaración conjunta para que la interpretación de ciertas cláusulas no fuera contraria a la Constitución Política. La Sentencia C-252 del 2019 significó un cambio al precedente constitucional que hasta el momento la Corte había mantenido en el análisis de los tratados internacionales, en particular de los tratados de inversión.

Desde la óptica del derecho constitucional, la decisión de la Corte fue criticada por académicos¹² y magistrados de la sala¹³. La crítica principal es que la Corte se extralimitó en sus competencias al incluir un análisis de conveniencia, para volver más fuerte el test que aplicó al revisar el APPRI con Francia. Esto habría significado una violación de las competencias del Gobierno nacional, el cual, de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución Política, es el encargado de dirigir las relaciones internacionales.

Consideramos que, salvo en cuestiones particulares, la decisión de la Corte no comportó una extralimitación de las competencias que la carta política le otorga. Por el contrario, la sentencia del APPRI con Francia representó un ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional que hasta el momento no había efectuado de manera tan amplia, salvo en algunos asuntos puntuales en los que la Corte se extralimitó en sus funciones constitucionales o exigió una modificación al tratado, a pesar de llamar dicha exigencia una “declaración interpretativa conjunta”.

Como se explica a lo largo de este capítulo, respecto a la cláusula de NMF, la Corte injirió en las facultades negociadoras del Ejecutivo al exigir que este modificara la decisión de política pública de aplicar a inversionistas franceses cualquiera de las cláusulas sustantivas que Colombia aplicara a inversionistas extranjeros de otras naciones con las que el Estado tenga tratados de inversión, si cualquiera de esas cláusulas fuera más favorable. Lo paradójico —y contradictorio— de esa imposición por parte de la Corte

¹² Eduardo Zuleta y María Camila Rincón, “Colombia’s Constitutional Court conditions ratification of the Colombia-France BIT to the interpretation of several provisions of the treaty”, *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de julio del 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty>.

¹³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, salvamentos de voto de los magistrados Alejandro Linares y Diana Fajardo.

Constitucional al presidente de la República fue que la hizo en nombre de la protección de esas mismas facultades negociadoras del presidente.

En cuanto a las modificaciones al tratado, se encuentra preeminente-mente la eliminación del término “*inter alia*” del texto original del artículo sobre TJE. No consideramos que esa eliminación sea grave en tanto el APPRI con Francia pasó de tener una lista enunciativa de actuaciones que implican la violación al TJE a tener una lista exhaustiva; sin embargo, de manera creativa, la Corte dice que “*inter alia*” tiene un sentido analógico sin explicar en ninguna parte de su sentencia cuál es ese sentido. *Inter alia*, en latín, quiere decir “entre” (*inter*) y “otras” (*alia*).

El ámbito de competencia material de revisión del tratado, según el artículo 241

El numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política le otorga a la Corte Constitucional la competencia de revisar la constitucionalidad de los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República.

El artículo 241.10 prevé un control constitucional que es sofisticado y particular al ordenamiento jurídico colombiano. La Corte ejerce un control previo y automático al perfeccionamiento del tratado, lo cual ha sido calificado por su jurisprudencia como un control preventivo¹⁴. Además, es un control integral, porque la Corte debe confrontar la totalidad del texto del tratado con las normas constitucionales e incluso con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. La finalidad de este control integral es evitar que el Estado asuma obligaciones internacionales que sean contrarias a las disposiciones constitucionales. Sobre su control respecto a los tratados internacionales, la Corte ha manifestado:

Es un control integral, en tanto juzga la validez de la totalidad de normas que componen la ley aprobatoria, así como las que integran el tratado, frente a la totalidad de las disposiciones constitucionales que conforman el parámetro de control. Así, la Corte debe evaluar: (i) la regularidad del procedimiento de negociación y suscripción o adopción del tratado por las autoridades nacionales; (ii) la corrección del trámite legislativo; y (iii) la validez material de las disposiciones de la ley y del tratado. Esta exigencia de exhaustividad en el ejercicio del control —propio también, por ejemplo, respecto de proyectos

¹⁴ C. Const., Sent. C-269, may. 2/14, M.P. Mauricio González Cuervo.

de ley estatutaria— se justifica en consideración a la seguridad y estabilidad jurídicas que deben acompañar el cumplimiento de los compromisos internacionales¹⁵.

El ejercicio de la potestad de revisión formal y material sobre los tratados permite que la Corte declare la exequibilidad o incluso la inconstitucionalidad de estos. De hecho, la Corte Constitucional ya había declarado la inconstitucionalidad de algunos tratados internacionales. Por ejemplo, en la Sentencia C-027 de 1993, la Corte reconoció la competencia que tenía para revisar el tratado del Concordato, suscrito antes de la vigencia de la Constitución de 1991, el cual había sido declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia. La Corte determinó que algunas de las cláusulas de ese tratado eran inconstitucionales, después de confrontarlas con los derechos y principios de la nueva Constitución¹⁶.

En ejercicio de la función material e integral de revisión de tratados, la Corte también ha declarado la inconstitucionalidad de algunas cláusulas de tratados de inversión. Por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas de tratados internacionales que prohibían cualquier clase de expropiación, porque ello atentaba contra el artículo 58 de la Constitución Política. Esto se corrobora en las sentencias que revisaron la constitucionalidad de tratados suscritos por Colombia con el Reino Unido¹⁷, Cuba¹⁸, Perú¹⁹ y España²⁰.

¹⁵ *Ibid.*, apartado 1.2.2.2.

¹⁶ C. Const., Sent. C-027, feb. 5/1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. En ese caso, la Corte determinó que existió una inconstitucionalidad sobreviniente: “En cuanto hace a la cuestión de fondo, la confrontación y decisión que hubiere hecho la Corte Suprema de Justicia de la Ley 20 de 1974 ante la Constitución de 1886 no inhibe a la Corte Constitucional de efectuar el condigno examen material frente a la Constitución de 1991 y no se produciría cosa juzgada alguna, pues, por tratarse de un ordenamiento nuevo Superior, puede contener normas a las cuales no se avenga dicha Ley, como en efecto sucede. Se presenta entonces el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente”, apartado ix.B.b.

¹⁷ C. Const., Sent. C-358, ago. 14/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. Esta sentencia declara inconstitucional el artículo 6.º del tratado.

¹⁸ C. Const., Sent. C-379, ago. 22/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Esta sentencia declara inconstitucional el artículo 7.º del tratado.

¹⁹ C. Const., Sent. C-008, ene. 23/1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia declara inconstitucional el artículo 7.º del tratado.

²⁰ C. Const., Sent. C-494, feb. 17/1998, M.P. Hernando Herrera Vergara. Esta sentencia declara inconstitucional el artículo 5.º y algunas disposiciones del artículo 7.º del tratado. De igual modo, en esta la Corte también declaró inconstitucional la prohibición de establecer cualquier clase de monopolio, ya que la Constitución sí prevé la existencia de monopolios rentísticos.

No obstante, en el desarrollo de su jurisprudencia, y en particular en el análisis de tratados de inversión y de libre comercio, la Corte hasta ahora había adoptado una línea jurisprudencial deferente al Ejecutivo. Desde la expedición de la Sentencia C-178 de 1995, que aprobó el tratado de libre comercio entre México, Colombia y Venezuela, la Corte decidió autorrestringir su propia facultad de revisión basada en el artículo 241 y ejercer un control de constitucionalidad leve frente a las normas incluidas en los tratados de libre comercio y de inversión.

El test leve que antes aplicaba la Corte a la revisión de tratados implicaba un estudio estrictamente jurídico, el cual no examinaba las razones por las cuales se firmaba el tratado o sus ventajas o conveniencia. La sentencia del APPRI con Francia explica la jurisprudencia constitucional hasta ese momento:

De manera reiterada, la Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad material sobre los tratados internacionales “es un estudio eminentemente jurídico”. Es decir, “que no se ocupa de revisar las ventajas u oportunidad práctica de un acuerdo a nivel económico, social, etc., ni su conveniencia política”. La Corte ha reconocido que “las razones de celebración, si bien son importantísimas para ilustrar la interpretación, desarrollo y ejecución del convenio, no hacen parte del juicio de constitucionalidad”. En estos términos, también ha considerado que “el juicio que adelanta sobre los tratados internacionales no es de conveniencia sino jurídico”²¹.

Así, la razón principal de la Corte para optar por un test leve era el respeto de la competencia del presidente de la República como director de las relaciones internacionales y el conocimiento técnico del Ejecutivo sobre los asuntos objeto del tratado. La Constitución Política otorga dicha competencia en el numeral 2.º del artículo 189.

Este test leve de constitucionalidad implicaba que la Corte no revisara las razones de conveniencia de los tratados de inversión que firmaba el presidente. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte hasta el momento, las ramas Ejecutiva y Legislativa eran las únicas competentes para determinar la conveniencia de la firma de un tratado de libre comercio o inversión, porque eran las que tenían el conocimiento técnico sobre la materia estudiada.

²¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 43.

La Corte, entonces, solo podía intensificar el test de constitucionalidad cuando los tratados afectaran derechos constitucionales fundamentales²².

Otras de las razones para la aplicación de un test leve era el carácter especializado de las normas de derecho internacional de las inversiones. Al respecto, la sentencia del APPRI con Francia aclara que la posición era que los efectos de los tratados serían analizados por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes o por el tribunal de arbitraje, según fuera el caso²³.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte consideraba que no era apropiado analizar las consecuencias de la suscripción de tratados de libre comercio e inversión por la imposibilidad de prever la forma en la que los tribunales internacionales interpretarían y aplicarían los APPRI²⁴.

En conclusión, la Corte Constitucional, desde la Sentencia C-178 de 1995, había restringido el alcance del control de constitucionalidad a aspectos puramente normativos, defiriendo así al Ejecutivo como director de las relaciones internacionales.

Limitaciones impuestas por la Corte Constitucional a las competencias del presidente de la República

La sentencia del APPRI con Francia impuso limitaciones a la competencia negociadora del presidente de la República. El más claro acto de modificación del tratado es la interpretación que la Corte realizó de la cláusula de NMF²⁵.

²² C. Const., Sent. C-031, ene. 28/2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “En cuanto a la intensidad del control de constitucionalidad en lo atinente a tratados de libre comercio, la Corte considera que aquel debe ser leve, en consideración al amplio margen de discrecionalidad de que goza el presidente de la República como director de las relaciones internacionales y a la materia regulada. Sin embargo, aquél se torna intenso en relación con aquellas cláusulas convencionales que afecten el disfrute de derechos fundamentales constitucionales, tales como la salud y el trabajo, al igual que la protección de las comunidades indígenas y raizales. En tal sentido, se debe precisar que, en materia de control previo de constitucionalidad sobre tratados de libre comercio, la Corte debe analizar si las normas que restringen derechos fundamentales superan un test de razonabilidad; que los fines a alcanzar sean constitucionales y que las restricciones sean adecuadas”, apartado 3.2.

²³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 47.

²⁴ *Ibid.*, apartados 53 y 58.

²⁵ La cláusula de NMF del APPRI Colombia-Francia establece lo siguiente: “Artículo 5. Trato nacional y nación más favorecida. (1) Cada Parte Contratante le aplicará en su territorio a los Inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus Inversiones y actividades relacionadas con sus Inversiones un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus Inversionistas o el trato concedido a los inversionistas de la nación más favorecida si este último es más favorable. (2) Este trato no Incluirá los privilegios concedidos

La Corte analizó el contenido de la cláusula de NMF y condicionó su constitucionalidad, bajo el entendido de que el presidente firmara una interpretación conjunta con el Gobierno francés en la que mantuviera su facultad de aplicar mejores estándares a inversionistas de terceros Estados, con el fin de garantizar la capacidad de negociación de tratados internacionales que le otorga el artículo 189 de la Constitución. Según la Corte, el hecho de que un inversionista francés pudiera alegar, en virtud de la cláusula de NMF, condiciones sustanciales otorgadas a inversionistas de un tercer Estado repercutía en la limitación de la capacidad negociadora del presidente de la República. La Corte dijo:

En virtud del referido efecto cascada, la cláusula de NMF, en los términos previstos en el tratado en cuestión, es además incompatible con el carácter bilateral del tratado subexamine. Esto es así, por cuanto cualquier ventaja o condición beneficiosa que Colombia conceda a los inversionistas de un tercer Estado, en razón de las ventajas comparativas que puedan ofrecer y de la conveniencia nacional de cada negociación, les serán extensibles y aplicables a los inversionistas franceses. De esta manera, en los términos previstos en el tratado, la cláusula de NMF *trae como consecuencia que el presidente renuncie a la posibilidad de conceder beneficios o ventajas particulares a los inversionistas de otros Estados y, por tanto, a obtener ventajas comparativas en dichas negociaciones, con lo cual se afecta intensamente el libre ejercicio de la competencia prevista por el artículo 189.2 de la CP y se desconoce el carácter inter partes de este APPRI*. Por lo tanto, le corresponde a la Corte, en el marco de este control de constitucionalidad, condicionar esta cláusula de manera que la referida competencia del

por una Parte Contratante a los Inversionistas de un tercer Estado en virtud de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o cualquier otra forma de organización económica regional o cualquier acuerdo similar, existente o que exista en el futuro. (3) La obligación de una Parte Contratante de otorgar a Inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel otorgado a sus propios Inversionistas, no Impedirá que la Parte Contratante adopte o mantenga medidas destinadas a garantizar el orden público en caso de amenazas serlas contra los Intereses fundamentales del Estado. Estas medidas no podrán ser arbitrarias y deberán ser justificadas, necesarias y proporcionales al objetivo buscado. (4) Para mayor claridad, el trato de nación más favorecida, que ha de otorgarse en situaciones similares, y referido en este Acuerdo no se extiende al artículo 1.° ni a los mecanismos de arreglo de diferencias, tales como los contenidos en los artículos 15 y 17 del presente Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos Internacionales de inversión”. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, 10 de julio del 2014, art. 5.°.

Presidente de la República se mantenga materialmente y se pueda ejercer de manera libre en futuras negociaciones²⁶ [énfasis añadido].

Esta decisión de la Corte sí significó una injerencia en las facultades de negociación de tratados que el artículo 189 de la Constitución otorga al presidente de la República. El Ejecutivo, al negociar el APPRI con Francia, consideró conveniente que los inversionistas franceses pudieran usar la cláusula de NMF para obtener estándares no menos favorables que aquellos otorgados por Colombia a inversionistas de terceros Estados, como finalmente quedó prescrito en el numeral 1.º de la cláusula 5.º del APPRI. El presidente adoptó dicha decisión en función de sus potestades constitucionales, pues, como se explicó en la audiencia ante la Corte, no existía razón alguna para aplicarle a los inversionistas de terceros países mejores estándares sustanciales que aquellos que Colombia aplica a los inversionistas franceses²⁷.

Adicionalmente, la Corte en ningún momento consideró que hay argumentos de política económica internacional y de competencia económica para no aplicar mejores disciplinas sustanciales a inversionistas de distintos países. El fomento de la competencia entre inversionistas de distintos países que puedan llegar a Colombia, en lugar de preferencias distintas a cada uno, tiene sentido desde la política negociadora y económica internacional. La finalidad de la cláusula era, en parte, precisamente fomentar la competencia entre inversionistas de distintos países que pudieran llegar a Colombia, lo cual es un potente argumento económico.

El Ejecutivo no encontró razón alguna para diferenciar de forma negativa a los inversionistas franceses y no garantizar que disposiciones sustanciales

²⁶ C. Const., Sent.C-252 del 2019, num. 252.

²⁷ José A. Rivas, “Nivel mínimo de trato, trato nacional y trato de nación más favorecida en el Tratado Bilateral de las Inversiones Colombia-Francia”. Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del APRII con Francia, Corte Constitucional, exp. LAT. 445, 11 de diciembre del 2018. En esa oportunidad, el autor manifestó que “en cuanto a la importación de obligaciones sustanciales acordadas respecto a otros inversionistas extranjeros en otros tratados negociados por Colombia, no existía razón alguna para dar un mejor trato a otros inversionistas extranjeros, que a los franceses, respecto a las tradicionales obligaciones de tratados de inversión: nivel mínimo de trato (incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas), trato nacional, expropiación y compensación, y libre transferencias, entre otras. Por ello, la importación explicada no fue proscrita en el TBI Colombia-Francia. La jurisprudencia internacional preponderante que ha sido proferida por tribunales internacionales inversionista-Estado ha reconocido esta posible importación de mejores obligaciones sustantivas, siempre que el tratado de inversión aplicable no haya prohibido o limitado tal importación”, p. 15.

favorables de tratados de inversión de Colombia con terceros pudieran aplicárseles²⁸. A pesar de que la Corte tampoco dio una razón concreta, sí le impidió al presidente ejercer la mencionada potestad negociadora.

Modificación del test de constitucionalidad de los tratados de inversión con la expedición de la sentencia del APPRI con Francia

La Corte Constitucional explicó que el nuevo juicio de razonabilidad aplicable en tratados de inversión se compondría de dos fases: un primer análisis de la constitucionalidad de las finalidades del tratado y de cada una de sus cláusulas; y un segundo paso que incluiría un análisis de la idoneidad del tratado, lo que implica, a su vez, que el presidente de la República debe aportar información suficiente que permita determinar que este contribuirá a alcanzar sus finalidades²⁹.

Con la inclusión de este juicio de razonabilidad, la Corte cambió su precedente y dio un nuevo alcance al control de constitucionalidad de los tratados de inversión. Así, la Corte:

1. Reafirma la potestad que tiene el presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados. Aunque no lo dijo de manera explícita, la Corte estableció que dicha competencia presidencial está sometida a la función de guarda y supremacía de la Constitución Política contenida en el artículo 241. En particular, la Corte afirmó que la competencia del presidente de dirigir las relaciones internacionales debía ser armónica con el artículo 226 de la Constitución, que prescribe que “el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Esta obligación permitiría que la Corte pudiera también evaluar razones de conveniencia nacional para verificar la constitucionalidad de los tratados de inversión.
2. Reafirma que no existen aspectos exentos del control de constitucionalidad, en aplicación del artículo 241.
3. Explica que existe una tensión entre la aplicación de los tratados de inversión y la protección de los intereses amparados por la carta

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 65.

política, lo que exige realizar un juicio más exhaustivo de las normas del tratado³⁰.

4. Reconoce que algunas decisiones adoptadas por organismos judiciales, administrativos y de control habían desencadenado en litigios internacionales. Sobre este punto, la Corte alude a varias de las demandas que Colombia está enfrentando ante tribunales de arbitraje de inversión por razón de sentencias proferidas por la Corte Constitucional. A juicio de la Corte, estas situaciones justificaban la existencia de un control constitucional más fuerte, con el fin de evitar una violación a principios constitucionales como la soberanía y la sostenibilidad fiscal³¹. De igual modo, el control más fuerte es consistente con el propósito de salvaguardar las competencias que la Constitución otorga a los órganos judiciales, en especial a la Corte Constitucional.

Los magistrados Diana Fajardo y Alejandro Linares, en salvamentos de voto, se separaron de la decisión de la Corte y explicaron que aducir razones de conveniencia para realizar un análisis más estricto del tratado implicaba un exceso de las competencias que le confería el artículo 241 a la Corte³². Además, señalaron que, al hacerlo, la Corte usurpaba las funciones del Ejecutivo, entre estas, dirigir las relaciones internacionales, fundamentada en el artículo 189 de la Constitución Política³³.

³⁰ *Ibid.*, apartados 58-60.

³¹ *Ibid.* La Corte indica que la adopción de medidas internas del Estado colombiano podía comprometer su responsabilidad internacional, lo cual podría derivar en la violación de los principios de soberanía y sostenibilidad fiscal: “Así las cosas, la Corte constata que el ejercicio de los mecanismos legales, judiciales, administrativos y de control, si bien puede resultar efectivo para la protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales en un caso concreto, tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano a la luz de los tratados de inversión y, por esta vía, afectar gravemente principios constitucionales como la soberanía (art. 9 de la cp) y la sostenibilidad fiscal (art. 334 de la cp), entre otros, así como el ejercicio de las competencias previstas por la Constitución Política para los órganos estatales”, apartado 63.

³² *Ibid.*, salvamento de voto de los magistrados Alejandro Linares y Diana Fajardo.

³³ “La introducción del mencionado juicio de razonabilidad en el análisis de constitucionalidad de los tratados internacionales comerciales implica que la Corte termina evaluando cuestiones atinentes a la conveniencia, oportunidad y utilidad de estos instrumentos”, C. Const., Sent. C-252 del 2019, salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo, apartado 1.6., lo cual repercutía en una usurpación de las funciones del presidente de la República. En similar sentido, el magistrado Alejandro Linares adujo que la Sentencia había comportado “una injerencia indebida en las competencias del Ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales, inmiscuyéndose en asuntos de conveniencia que deben negociar y acordar las partes del Acuerdo”, *Ibid.*, salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares, apartado 8.

Consideramos que el cambio de precedente sobre la manera en que se aborda el juicio de constitucionalidad de tratados de inversión, salvo las excepciones mencionadas en este escrito, no implicó un exceso de competencias de la Corte. Con la expedición de la sentencia del APPRI con Francia, la Corte intenta hacer un adecuado uso de sus facultades de control material e integral, las cuales había decidido no ejercer extensivamente, en virtud de la especial deferencia al Ejecutivo en materia de tratados de inversión.

A continuación, profundizamos sobre dos puntos relacionados con el control de constitucionalidad ejercido por la Corte. Primero, como lo habíamos anotado, el artículo 241.10 de la Constitución Política otorga a la Corte la capacidad de decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Como lo indica la jurisprudencia constitucional, el artículo 241 no condiciona el análisis del tratado a un puro aspecto formal, pues le otorga competencia formal y material a la Corte. Ahora bien, esta competencia, como lo reconoció la sentencia del APPRI con Francia, puede extenderse al análisis de las repercusiones constitucionales del tratado, en caso de que la Corte advirtiera que la aplicación de alguna de sus cláusulas fuera inconstitucional. Ya algunos académicos habían manifestado que la Corte había obviado el examen sustantivo de las cláusulas de los tratados de inversión, porque no había considerado las repercusiones constitucionales de este tipo de instrumentos³⁴, por lo que ponían de presente la necesidad de que el control que se hiciera sobre los tratados internacionales fuera más fuerte³⁵.

Segundo, aunque en general no consideramos que la Corte hubiese usurpado las competencias del presidente, hay instancias puntuales, como el análisis de la cláusula de NMF, en las que la Corte sí limitó los poderes que la Constitución le otorga al Ejecutivo para negociar tratados. Entendemos entonces que la decisión sobre el APPRI con Francia es una fórmula que, por lo menos, trata de armonizar tanto la función que tiene el presidente de dirigir las relaciones internacionales como la de la Corte Constitucional de guarda y supremacía de la Constitución Política.

³⁴ Rafael Tamayo-Álvarez, “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty”, *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 472, <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.37>.

³⁵ René Urueña y María Angélica Prada-Urbe, “Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2019-05 (2019): 25, <https://ssrn.com/abstract=3331056> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331056>.

En realidad, con esta fórmula parecería que, por pragmatismo y economía, la Corte descartó emitir una declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual podría haber hecho en virtud de su competencia material e integral de revisión de los tratados. De haberlo hecho así, el tratado habría tenido que ser renegociado, vuelto a ser aprobado por el Congreso y sus dos cámaras, vuelto a ser considerado por la Corte Constitucional una vez firmado, declarado constitucional posiblemente por una Corte compuesta por nuevos magistrados y, finalmente, ratificado.

Al declarar la constitucionalidad del APPRI con Francia y condicionarla a unas declaraciones interpretativas conjuntas con Francia, la Corte le ahorra al Estado colombiano un entero nuevo proceso de negociación del tratado, de paso por el Congreso y luego por la Corte Constitucional. La Corte parece haber encontrado la manera de no declarar inexecutable el APPRI con Francia y, al mismo tiempo, exigir una renegociación de las disposiciones que consideró inconstitucionales o que no le gustaron desde un punto de vista de política pública de negociaciones internacionales. Eso fue lo que hizo la Corte al exigir que la cláusula de NMF no pueda constituir la base para la incorporación de disposiciones sustantivas más favorables de distintos APPRI de Colombia con terceros países para inversionistas franceses, la cual es la interpretación evidente a luz de los preceptos de interpretación de derecho internacional cuando se lee el APPRI con Francia que Colombia inicialmente acordó. La Corte, como ya se explicó, supuestamente defendiendo la potestad negociadora del Ejecutivo, le impidió ejercerla al obligarlo a negociar una aclaración que no admita la anterior aplicación de la cláusula de NMF.

Consideramos entonces que la Corte, salvo en las instancias puntualmente explicadas, trató de reconocer la competencia que tiene el presidente de la República para celebrar tratados y dirigir las relaciones internacionales cuando ordenó la negociación de una declaración interpretativa conjunta con el Gobierno francés. En un sentido práctico, dicha declaración ya fue firmada por los representantes de los dos Gobiernos. Ahora, el APPRI está pendiente de su ratificación.

En cualquier caso, es importante reconocer que, a diferencia de lo señalado en los salvamentos de voto de la sentencia del APPRI con Francia, la competencia de dirección de las relaciones internacionales del presidente de la República está limitada por la competencia que la Constitución Política le otorga a la Corte como guarda suprema de la Constitución, es decir, los actos del presidente de la República no escapan al control constitucional.

Por último, la sentencia del APPRI con Francia no parece haber generado un cambio constitucional como el que algunos críticos pretenden darle. La misma Corte ha aceptado que el cambio de precedente es viable cuando no

es arbitrario y se exponen las razones para su modificación. En este sentido, salvo algunas excepciones, el cambio de precedente no resulta una extralimitación de las competencias de la Corte, como lo indicaron los salvamentos de voto, sino el ejercicio mismo de una función constitucional que no había ejercido ampliamente hasta el momento³⁶.

Sobre el cambio de precedente, la magistrada Diana Fajardo explicó que la sentencia del APPRI con Francia no cumplió con la justificación necesaria para sustentar un cambio jurisprudencial³⁷. No obstante, más allá de compartir o no las razones de la Corte, lo cierto es que la sentencia del APPRI con Francia expuso en detalle las razones por las cuales era necesario que se adoptara un control constitucional más estricto en los análisis de tratados de inversión. La Corte fue transparente en explicar la existencia de un precedente que limitaba el control de los tratados de inversión a un test leve. Adicionalmente, la Corte argumentó en qué se fundamentaba el cambio, en particular en la necesidad de revisar el alcance de las cláusulas contenidas en los tratados que en su aplicación podían resultar inconstitucionales.

Si bien pueden no compartirse las razones que aportó la Corte para el cambio del precedente, lo cierto es que sí las expuso y que no transgredió las facultades que le otorgaba el artículo 241, salvo en las excepciones explicadas.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL APPRI CON FRANCIA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La orden de negociar una declaración interpretativa conjunta

De acuerdo con el numeral 8.º del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, el presidente de la República, en caso de decidir ratificar ese tratado,

³⁶ En la Sentencia SU-406 del 2016, la Corte explicó que “para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no solo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”. C. Const., Sent. SU-406, ago. 4/2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁷ En el fundamento 1.3 del salvamento de voto a la Sentencia C-252 del 2019, la magistrada Diana Fajardo explicó que la Corte no había cumplido con las cargas argumentativas necesarias para el cambio de precedente: “la Sentencia no asume las cargas argumentativas que exige el cambio de jurisprudencia, pues no se advierte que el precedente fijado por esta Corte, en lo que se refiere al alcance del control constitucional sobre tratados de índole comercial, va a ser modificado. Por ende, esta decisión no se sustenta en ninguno de los eventos definidos por la jurisprudencia para fundamentar tal determinación”.

con fundamento en el artículo 31 de la CVD³⁸, debía propiciar la celebración de una declaración interpretativa conjunta con Francia en relación con los condicionamientos establecidos en los demás resolutivos³⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo analiza las razones por las cuales la Corte eligió este mecanismo para resolver las preocupaciones constitucionales que le suscitó el APPRI con Francia, así como evaluar si los objetivos de la Corte de prevenir declaraciones de responsabilidad internacional contra Colombia se van a concretar.

Las declaraciones interpretativas conjuntas

En derecho internacional público, una declaración interpretativa es una manifestación realizada por un Estado o una organización internacional, con el fin de clarificar el significado o alcance de un tratado o sus cláusulas. La práctica de los Estados ha demostrado que, cuando se hacen declaraciones interpretativas conjuntas a tratados bilaterales, estas se convierten en la interpretación auténtica del tratado³⁹.

Como lo señaló el Ministerio de Relaciones Exteriores en una de sus intervenciones en el proceso de constitucionalidad del APPRI con Francia, una declaración interpretativa en ningún momento busca modificar o excluir una obligación del tratado; por el contrario, busca aclarar la voluntad de las partes. Para efectos de que estas constituyan la interpretación legítima de un tratado bilateral, ambos Estados parte deben adoptar las cláusulas de la declaración interpretativa conjunta, con el fin de proteger la reciprocidad de las obligaciones contenidas en dicho acuerdo.

Resaltamos que, si bien también existía la posibilidad de que la Corte tomara la vía de una declaración interpretativa unilateral, este camino no hubiera logrado el objetivo propuesto por la Corte, pues dicha interpretación hubiera vinculado solo a Colombia, los condicionamientos impuestos por la Corte no hubieran podido ser atendidos y esta no tendría los efectos deseados bajo el artículo 31 de la CVD³⁸, ya que dicha declaración unilateral no se entendería como una interpretación oficial y conjunta de las partes, por lo que no sería posible utilizarla como un acuerdo para interpretar el APPRI con Francia. La Corte en su sentencia del APPRI con Francia confirmó esta lectura, al señalar que las declaraciones interpretativas conjuntas tienen como fin “especificar o aclarar el significado o alcance de un tratado

³⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

³⁹ Iain Cameron, “Treaties, Declarations of Interpretation”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 1.

o de algunas de sus cláusulas”⁴⁰. Además, mencionó que, aunque las declaraciones interpretativas no están reguladas expresamente en la CVDI, su artículo 31 es claro en manifestar que, para efectos de interpretar un tratado, el contexto de este comprenderá los acuerdos o instrumentos entre las partes que se refieran a dicho instrumento⁴¹. En ese sentido, las declaraciones interpretativas deberán ser suscritas por ambas partes para que surtan efectos en tratados bilaterales y puedan ser un instrumento de interpretación⁴².

Así mismo, estas declaraciones forman parte de la práctica internacional del Estado colombiano; esto se reveló en el proceso de revisión constitucional de este tratado. Colombia ya ha firmado declaraciones interpretativas conjuntas con otros países, con miras a especificar o aclarar el alcance de una expresión, sin tener que recurrir a una enmienda del tratado concernido⁴³.

Aún más, estas declaraciones son comunes en la práctica internacional. Como ejemplos de lo anterior están la declaración interpretativa conjunta suscrita por República Checa y los Países Bajos para la interpretación del artículo 8.6 del APPRI que suscribieron; la suscrita por India y Bangladesh a su acuerdo internacional de inversión; y, por supuesto, la declaración interpretativa conjunta sobre el artículo 16 del APPRI con Francia, la cual suscribieron Francia y Colombia⁴⁴. Sin embargo, dado el ambicioso alcance de la Corte, es relevante considerar por qué la Corte escogió ese mecanismo para resolver las preocupaciones constitucionales que le suscitó el APPRI con Francia.

El uso de la declaración interpretativa conjunta por parte de la Corte Constitucional en el APPRI con Francia

Parece que la Corte escogió ese camino porque era el medio más expedito para ajustar el APPRI con Francia sin necesidad de declarar inconstitucional el tratado. La Corte explicó que el Gobierno colombiano podría ajustar el APPRI con Francia sin tener que someterlo de nuevo a revisión legislativa o constitucional, siempre que en dicha declaración no se incluyeran cláusulas

⁴⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 69.

⁴¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 31.

⁴² C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 69.

⁴³ *Ibid.*, apartado 70.

⁴⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, “Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del APPRI con Francia”, 3 de diciembre del 2018, p. 7.

sustanciales con las que no se contaba antes, así como obligaciones o derechos adicionales⁴⁵.

Cualquier otro mecanismo, bien fuera la declaratoria de inconstitucionalidad o la solicitud de enmendar el texto, habría implicado pasar nuevamente por el Congreso y la Corte Constitucional, lo que habría sumado por lo menos dos años más al proceso de perfeccionamiento del instrumento. Esto sin contar lo tiempos propios del Gobierno para la preparación y presentación del respectivo proyecto de ley⁴⁶. Por otra parte, con su Sentencia del APRRI con Francia, según lo afirmó, la Corte busca prevenir que el Estado colombiano asuma compromisos internacionales inconstitucionales o que actos del Estado den lugar a hechos internacionalmente ilícitos⁴⁷.

Respecto al anterior objetivo, anotamos que el ánimo de la Corte de prevenir declaraciones de responsabilidad internacional contra Colombia no necesariamente se concretará tan fácil en la práctica, porque el control de constitucionalidad y la orden de la Corte de negociar una declaración interpretativa, así como una mayor coherencia entre la Constitución y el tratado, no minimizan *per se* los riesgos de responsabilidad internacional en la que el Estado colombiano puede incurrir por las acciones u omisiones de sus agentes. De hecho, de acuerdo con el “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional”, la responsabilidad internacional tiene lugar por la violación de una obligación internacional a través de los actos u omisiones de los agentes de un Estado, pero no depende del clausulado de un tratado⁴⁸. Es decir, aún si se negocian estándares de protección más limitados, los cuales parecieran estar en mayor armonía con la Constitución Política y la ley colombiana, si los operadores jurídicos los desconocen y actúan en contrario, el Estado seguirá en riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. Por supuesto, el diseño de las obligaciones internacionales puede, en parte, reducir el riesgo de responsabilidad de un Estado en el marco del arbitraje de inversión; por ejemplo, si se otorgaran mayores prerrogativas al Estado

⁴⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 460.

⁴⁶ En Colombia, el trámite de una ley aprobatoria de tratado es el mismo que el de una ley ordinaria, por lo cual se tiene hasta un máximo de dos legislaturas para su aprobación. Esto implica que puede demorar hasta dos años en proceso ante el Congreso de la República. Así mismo, la revisión constitucional puede durar desde seis meses hasta un año y medio, en promedio.

⁴⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 64.

⁴⁸ Naciones Unidas, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, 2001, art. 1.°, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

para exceptuar el cumplimiento de ciertas obligaciones de protección al inversionista extranjero y sus inversiones.

Aunque la Corte en la sentencia del APPRI con Francia hizo un esfuerzo loable de limitar la interpretación de las cláusulas del tratado, lo que eventualmente puede llevar a que la interpretación que haga un tribunal de arbitraje de los estándares del tratado sea más restrictiva, la minimización de los riesgos también es una función que tienen los agentes del Estado de entender y conocer las obligaciones que se derivan del tratado internacional aplicable. Solo así los agentes del Estado y sus entidades, que incluyen a todos los poderes públicos —notablemente, también el poder judicial—, pueden evitar y prevenir que sus actos violen obligaciones internacionales y den lugar a la responsabilidad internacional del Estado colombiano. La Corte entonces no acaba con el riesgo de que el Estado colombiano incurra en responsabilidad internacional; a lo que sí contribuye es a reducir las contradicciones que pudieran surgir entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

Coherencia de la decisión de la Corte Constitucional con los estándares internacionales de inversión contenidos en el APPRI con Francia

Según la Corte, el control de constitucionalidad que realizó al APPRI con Francia no buscaba definir el contenido y alcance técnico de las cláusulas que contiene; sin embargo, la Corte decidió tener en consideración tanto el contenido como el alcance normativo de dichas cláusulas, para efectos de determinar su compatibilidad con la Constitución Política⁴⁹.

Para tales fines, la Corte estudió normas y estándares internacionales que normalmente escapan del área de experticia de esta institución. Además, prescribió lo que en su concepto serían los estándares adecuados, extralimitándose e interviniendo en las funciones del Ejecutivo, con el fin de restringir el alcance de las cláusulas del APPRI con Francia. Al hacerlo, algunas de las exigencias de la Corte al Ejecutivo carecieron de claridad y ampliaron la protección de ciertos estándares de protección contenidos en el tratado. A continuación, explicamos por qué no fue tan acertada la revisión que hizo la Corte de los estándares internacionales incluidos en el APPRI con Francia.

⁴⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 41 y 64.

Compatibilidad general del APPRI con Francia con la Constitución

Compatibilidad del APPRI con Francia con el principio de igualdad (art. 13 de la Constitución)

En el numeral 1.º del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, la Corte declaró la exequibilidad del tratado y su ley aprobatoria⁵⁰, “bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales”⁵¹.

De acuerdo con la Corte, se requería ajustar el APPRI con Francia en su integridad a la Constitución Política y, en particular a la prohibición de discriminación derivada del artículo 13^[52]. En su opinión, la exequibilidad condicionada era necesaria para garantizar un trato igualitario al inversionista y a las inversiones nacionales en comparación con los inversionistas y las inversiones francesas en Colombia, con el fin de evitar que se otorguen tratos más favorables e injustificados a los inversionistas franceses, bajo el alcance de cláusulas como protección de las expectativas legítimas, alcance y límites de la indemnización y condiciones de pago para esta⁵³.

Siguiendo con esta línea, el alto tribunal resaltó que el APPRI con Francia cuenta con disposiciones, como la de TN y la de expropiación y compensación por pérdidas⁵⁴, las cuales tienen como objetivo garantizar un trato igualitario a los inversionistas y a las inversiones que provengan de la otra parte, así como la no discriminación a favor del nacional y en contra del extranjero⁵⁵. No obstante, para la Corte, ninguna disposición del APPRI con Francia garantiza expresamente el mandato de igualdad de trato al inversionista y a las inversiones nacionales respecto del extranjero⁵⁶. Durante la audiencia, varios intervinientes señalaron que del APPRI con Francia se podían deducir tratos favorables e injustificados a los inversionistas franceses

⁵⁰ Esta es la Ley 1840 del 2017.

⁵¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

⁵² Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13.

⁵³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartados 113, 120 y 121.

⁵⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 10 de julio del 2014, arts. 5.º y 6.º.

⁵⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 111.

⁵⁶ *Ibid.*, apartados 112 y 118.

en Colombia, lo cual es incompatible con el principio de igualdad formal incluido en la Constitución colombiana⁵⁷.

A fin de justificar su razonamiento, la Corte manifestó que recientes desarrollos del derecho internacional de las inversiones consideran necesario que los acuerdos de inversión protejan al inversionista nacional y le otorguen un trato no menos favorable que el concedido al extranjero⁵⁸. Como ejemplo, la Corte se refirió al CETA, en el que las partes vieron la necesidad de suscribir una declaración interpretativa conjunta para aclarar que no se darían tratos más favorables hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales⁵⁹.

Consideramos que el análisis de igualdad realizado por la Corte carece de sentido práctico, pues de ninguna de las disposiciones del APPRI con Francia se puede deducir que el tratado dé lugar a una obligación de trato más favorable al inversionista extranjero que al nacional. La Corte no identificó cuál es la disposición a partir de la cual, en virtud de algún mandato del APPRI, el Estado colombiano esté obligado a dar un mejor trato a los inversionistas franceses (porque obviamente tal disposición no existe).

En cuanto al argumento de distintos críticos a los tratados de inversión, incluido el APPRI con Francia, de que tales tratados no reconocen al nacional el medio de protección que sí reconocen al inversionista extranjero, se trata de un argumento que desconoce básicas nociones de derecho internacional público. Los tratados de inversión ofrecen estándares de protección a extranjeros y acceso a tribunales internacionales a dichos extranjeros cuando consideran que sus derechos como inversionistas han sido vulnerados. Tales tratados no regulan el acceso de nacionales a dichos tribunales internacionales, porque para eso están las cortes judiciales domésticas. Entonces, ¿los colombianos frente a los franceses están siendo discriminados? Claramente, la respuesta es no. Los críticos pueden argumentar: “pero los colombianos, por violaciones de sus derechos como inversionistas por parte del Estado colombiano, no pueden demandar ante un tribunal internacional de arbitraje de inversión”. Tampoco lo pueden hacer los franceses por violaciones de derechos de inversionistas realizadas por el Estado francés. El principio de igualdad aquí está garantizado en tanto, así como el inversionista francés puede recurrir a un tribunal internacional alegando una violación por parte del Estado colombiano al APPRI con Francia, el inversionista colombiano en

⁵⁷ *Ibid.*, apartados 109.

⁵⁸ *Ibid.*, apartados 114.

⁵⁹ *Ibid.*, apartados 116.

Francia también puede demandar ante un tribunal internacional alegando que el Estado francés violó sus derechos de inversionista.

Además, un mejor trato del Estado colombiano a un inversionista francés que a un inversionista colombiano no tendría ninguna consecuencia práctica en derecho internacional público, ya que el inversionista colombiano no puede demandar a su propio Estado ante un tribunal inversionista-Estado. Tampoco lo puede hacer un inversionista francés contra el Estado francés: tal como el inversionista colombiano, el inversionista francés debe demandar a su Estado por cualquier acto del Estado, sus agentes o entidades ante las cortes nacionales de su propio Estado. No obstante, bajo los respectivos derechos domésticos, los nacionales sí pueden demandar a su propio Estado. Por consiguiente, el análisis de igualdad entre el inversionista extranjero (en este caso, francés) y el colombiano, con respecto a la posibilidad que solo tiene el primero de demandar a Colombia en instancias internacionales, resulta obsoleto. Al igual que el inversionista colombiano no puede demandar internacionalmente a Colombia, el inversionista francés tampoco puede hacerlo en contra de Francia.

Así, incluir disposiciones de trato no menos favorable a favor de inversionistas nacionales en un acuerdo internacional de inversión implica un desconocimiento de cómo funciona la jurisdicción internacional, porque los actos del Estado respecto a sus nacionales son juzgados, por regla general, por las cortes nacionales.

Compatibilidad del APPRI con Francia con las críticas generales hacia el derecho internacional de las inversiones y el arbitraje de inversión

Sin perjuicio de lo anterior, los tratados de inversión están siendo criticados por el aumento de demandas inversionista-Estado. Ejemplos de esto son Canadá y España, quienes cuentan con alrededor de veintinueve y cincuenta y dos casos en su contra, respectivamente⁶⁰. Estas cifras, agregadas a aquellas de otros Estados demandados en varios continentes, las cuales sin duda pueden llegar a ser significativas para las finanzas públicas de los Estados, han abierto la puerta para que personas no especializadas en derecho internacional público planteen los más exóticos argumentos de soberanía

⁶⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Canada”, *Investment Policy Hub*, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/35/canada>; “Spain”, *Investment Policy Hub*, 2020, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain>.

nacionalista en contra del derecho internacional de las inversiones y los tratados de inversión, desconociendo nociones básicas de esas áreas del conocimiento⁶¹.

Como lo explicamos, respecto al contenido del APPRI con Francia, la aclaración exigida por la Corte es inocua, porque nada en el tratado exige un mejor trato a los inversionistas franceses frente a los colombianos en Colombia; sin embargo, la aclaración de la Corte calma los ánimos de quienes argumentaban que este APPRI contiene un mejor trato oculto a favor de inversionistas franceses, al desmitificar esa errónea noción y aclarar que una interpretación en tal sentido no es válida.

El estándar mínimo de trato

En su sentencia, la Corte prestó especial atención al artículo 4.°, el cual contiene la mayoría de las expresiones que la Corte consideró problemáticas. Este artículo, titulado “Estándar mínimo de trato”, se divide en dos numerales: el primero, referente al TJE y, el segundo, a la protección y seguridad plena. Al respecto, el artículo señala:

1. Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo *de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio*. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, *incluye, inter alia*:

- (a) La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso.
- (b) La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones.

Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las *expectativas legítimas de los inversionistas*.

⁶¹ Véase la introducción y la primera sección del presente artículo. Así mismo, véase Michael Weibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa (Liz) Chung y Claire Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Nueva York: Kluwer Law International, 2010), 7. En este texto, los autores analizan y explican las diferentes críticas que han sido presentadas en contra del arbitraje de inversión, por ejemplo, la crítica contra la amenaza que el sistema supone para el poder y el espacio regulatorio de los Estados. Esta facultad regulatoria del Estado, que no puede ser ilimitada ni arbitraria en un Estado de derecho, ha sido restringida por las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado, incluidos los compromisos internacionales de protección a inversionistas extranjeros.

La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar.

Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, *no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este párrafo.*

Las inversiones realizadas por los inversionistas de una Parte Contratante *gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.* Para mayor certeza la obligación de otorgar protección y seguridad plenas bajo este artículo exige que cada Parte Contratante otorgue a los Inversionistas y a sus inversiones protección frente a daños físicos y materiales⁶² [énfasis añadido].

Antes de analizar las cuestiones que la Corte Constitucional encontró problemáticas, nos referimos a lo que el alto tribunal entendió por TJE. Para la Corte, no existe una única definición de TJE, toda vez que, al revisar diversos pronunciamientos de tribunales arbitrales de inversión, observó que varios de ellos han manifestado que un análisis de lo que es justo y equitativo depende de cada caso. En tal virtud, concluyó que, dado el defecto de la jurisprudencia, los acuerdos internacionales de inversión deberían definir su contenido⁶³.

Por otra parte, según la Corte, la amplia y variada interpretación que se ha dado al TJE es una de las razones por las cuales el arbitraje de inversión es tan criticado; de hecho, trajo a colación que algunos intervinientes en el proceso de constitucionalidad del APPRI con Francia señalaron que en diez de las demandas de inversión que actualmente se encuentran en curso contra Colombia se alega la violación precisamente de esta cláusula⁶⁴. Por lo anterior, la Corte señaló que en la actualidad se busca limitar el alcance de la cláusula de TJE mediante listados cerrados que den lugar a la violación, o incluso al no incluir la expresión “justo y equitativo”; como ejemplo de esto, la Corte se remitió al artículo 3(1) del APPRI modelo de India y al artículo 8.10 del capítulo de inversiones del CETA, respectivamente⁶⁵.

A pesar del razonamiento de la Corte de que, a falta de una única definición de TJE, los tratados deberían definir o limitar su contenido, como

⁶² C. Const., Sent. C-252 del 2019.

⁶³ *Ibid.*, apartado 191.

⁶⁴ *Ibid.*, apartado 192.

⁶⁵ *Ibid.*, apartado 199.

lo hacen el APPRI modelo de India y el CETA, la Corte de forma incorrecta emplea estos como si fueran fuentes de derecho internacional de la inversiones aplicables que debieran regir los conceptos sobre TJE por incorporar en el APPRI con Francia. En estricto sentido, el APPRI modelo de India no es una fuente de derecho internacional, pues ni es un tratado, ni puede considerarse costumbre internacional. Un modelo de acuerdo es una expresión unilateral del ideal de tratado de un Estado, con base en el cual cada país va a negociar sus futuros instrumentos de inversión. Diferente sería la situación si la Corte hubiera aportado prueba de que diversos Estados en general han negociado tratados de inversión basados en dicho modelo.

En cuanto a la alusión que hace la Corte a la lista cerrada de supuestos que den lugar a la violación del TJE incluida en el CETA, es importante señalar que esta referencia tampoco es la más precisa, ni resolvería el problema que plantea la Corte sobre la falta de una definición única de TJE, puesto que existe una razón de carácter jurídico-internacional público y consuetudinario para no cerrar la lista: el derecho internacional es dinámico y la costumbre internacional es evolutiva, con lo cual, si se adopta un estándar de derecho internacional consuetudinario para TJE, su significado puede evolucionar. Además, cabe indicar que las precisiones incluidas en la lista del CETA también se incorporaron en el APPRI con Francia, aunque la lista del CETA es más amplia. En ese tratado se agregan “actos discriminatorios” a la lista de circunstancias que pueden dar pie a la violación del TJE. De forma paradójica, si bien la Corte busca limitar los supuestos que permitirían la violación de TJE por parte del Estado colombiano, puntualmente amplía dicha lista en el párrafo 2(d) de la Declaración Interpretativa Conjunta al incluir “discriminación”. Así mismo, a diferencia del CETA, el APPRI con Francia sí explica que el TJE no incluye una cláusula de estabilización. Ahora bien, la exigencia de una lista cerrada para establecer qué comportamientos solo violan una obligación no es en sí misma errónea en derecho internacional público, pues las partes del tratado bien lo pueden acordar así; simplemente no se está reconociendo el carácter evolutivo del TJE.

En una línea completamente opuesta a su consideración del TJE, la Corte encontró que, en relación con la seguridad y protecciones plenas que prevé el artículo 4.°, los tribunales tienen un mismo entendimiento sobre su alcance: este estándar implica mantener las condiciones normales de seguridad y de orden público⁶⁶. Además, señaló que el estándar del APPRI con Francia es análogo al de la Constitución Política, toda vez que ambos

⁶⁶ *Ibid.*, apartado 200.

buscan la seguridad y protección del inversionista, así como el deber del Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables.

A la luz de las anteriores consideraciones, la Corte encontró que las cláusulas de TJE y seguridad y protecciones plenas son, en términos generales, compatibles con la Constitución Política⁶⁷; no obstante, halló que tres contenidos del artículo requerían de mayor elaboración. Estos fueron, el uso de la expresión “*inter alia*”, la referencia al “derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversionistas en su territorio” y la expresión “expectativas legítimas”. La Corte argumentó que el problema de fondo con estas disposiciones es que podían afectar el principio constitucional de seguridad jurídica; por ello, exigió que en una declaración interpretativa conjunta se realizaran precisiones particulares frente a cada una de las expresiones mencionadas⁶⁸.

La expresión “inter alia”

La Corte Constitucional analizó si la expresión “*inter alia*” vulneraba el principio de seguridad jurídica y si se inmiscuía en el ejercicio de las competencias constitucionales de las autoridades colombianas⁶⁹.

Para la Corte, la presencia del término “*inter alia*” no satisfacía el principio de seguridad jurídica⁷⁰, pues una interpretación amplia de la cláusula no permitiría determinar su contenido ni el de las obligaciones del Estado; esto implicaría comprometer ilimitadamente la responsabilidad internacional del Estado colombiano. En su opinión, la inclusión de dicha expresión genera incertidumbre para las autoridades, ya que no les permitiría prever si una decisión o medida de cualquier tipo podría llegar a representar un hecho internacionalmente ilícito, el cual diera lugar a una eventual declaratoria de responsabilidad internacional; más aún, según la Corte, si se tiene

⁶⁷ *Ibid.*, apartados 201-203: “202. La Corte encuentra que la expresión normativa ‘la obligación de otorgar un trato justo y equitativo incluye [...] (a) la obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales, o administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso’”. Así mismo, señaló: “203. A su vez, la expresión normativa ‘la obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus inversiones’, como ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje, es compatible con el principio de igualdad (art. 13 de la CP) e interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado de derecho (arts. 1.º y 2.º de la CP)”.

⁶⁸ Es importante tener en cuenta que esta misma preocupación frente a la seguridad jurídica inspiró las condicionales que encontró frente al artículo 5.º.

⁶⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 189.1.

⁷⁰ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 1.º.

en cuenta que, dada su amplitud, serían los tribunales quienes luego determinarían su contenido⁷¹.

La interpretación de la expresión “*inter alia*” que para la Corte puede llegar a ser compatible con el principio de seguridad jurídica es la restrictiva, según la cual su único alcance es *analógico* y no puede incluir obligaciones diferentes a las previstas en el listado del artículo 4.°, pues con dicha interpretación las partes podrían saber de manera certera cuáles son las obligaciones que contiene la cláusula y los estándares que deben observar. Por lo anterior, en el numeral 2.° del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, la Corte declaró exequible la expresión “*inter alia*”, bajo el entendido de que debería interpretarse “de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo”⁷².

Ahora, se analizará el razonamiento de la Corte. Primero, en las cláusulas de TJE o de varios tratados, incluidos los tratados de libre comercio de Colombia con Estados Unidos y con los países del Triángulo Norte de Centroamérica⁷³, entre otros, se incluyen solo algunos ejemplos de lo que implicaría la violación de ese estándar, pues las diferentes obligaciones que lo componen se explican por su carácter evolutivo, derivado del derecho internacional consuetudinario. Como sustento de lo anterior, basta señalar

⁷¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 208.

⁷² *Ibid.*, apartado 209.

⁷³ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala, 9 de agosto del 2007. Al respecto, señala: “Artículo 12.4. Protección de Inversiones. 1. Cada Parte garantizará un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional consuetudinario [...]. 2. Para mayor certeza, (a) el concepto de ‘trato justo y equitativo’, no requiere un tratamiento adicional a aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, ni crea derechos sustantivos adicionales; (b) el ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”. Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, 22 de noviembre del 2006. Al respecto, señala: “Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor Certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: (a) ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contenciosos administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

que el contenido de TJE no es el mismo hoy que aquel de principios del siglo xx, cuando la comisión bilateral mexicano-estadounidense decidió el caso *Neer*⁷⁴.

Segundo, teniendo en cuenta el carácter consuetudinario del contenido de las obligaciones de TJE, no se alcanza a descifrar a qué se refiere la Corte en la sentencia del APPRI con Francia cuando solicita que se le otorgue un sentido *analógico* a “*inter alia*”, en lugar de un sentido *aditivo*. La Corte tampoco explica de qué se trata ese sentido analógico. La consecuencia de dicha interpretación, como se puede comprobar al revisar la Declaración Interpretativa Conjunta firmada entre Colombia y Francia el 5 de agosto del 2020, es que la expresión “*inter alia*” desaparece del tratado. En ese sentido, aunque la Corte ordenó que se hiciera una declaración interpretativa, la Corte parece haber ordenado que se eliminara la expresión “*inter alia*” sin decirlo de manera expresa.

Además, enfatizamos en que, cuando se interpreta un tratado, esta interpretación debe dar cuenta de todas las cláusulas y expresiones que contiene; de lo contrario, se violan los preceptos de interpretación del artículo 31 de la CVDT —incluida la interpretación de buena fe y según el sentido ordinario de los términos del tratado— y se ignora el principio de interpretación de tratados aplicado doctrinaria y jurisprudencialmente de *effet util*. Según este principio, todos los términos en los tratados deben tener

⁷⁴ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Reports of International Arbitral Awards vol. 4, 2006, 15 de octubre de 1926, para 4. Al respecto, señala: “the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency” (“el tratamiento de un extranjero, para constituir un ilícito internacional, debe equivaler a un ultraje, a una mala fe, a una negligencia deliberada del deber, o a una insuficiencia de la acción gubernamental tan alejada de las normas internacionales que toda persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia” [traducción propia]). *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (“Número 2”), caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3, laudo, 30 de abril del 2004, párr. 98, 114 y 115. Al respecto, el párrafo 98 señala: “Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”.

un significado⁷⁵. En este caso, al ignorar de tajo la expresión “*inter alia*” (u ordenar que se ignorara), la Corte habría violado principios internacionales de interpretación de tratados.

Si la Corte hubiera explorado que el nivel mínimo de trato, así como el de TJE, proviene de un estándar jurídico consuetudinario, la Corte se habría podido ahorrar la decisión frente a esta expresión. La decisión es confusa y contraria a otros tratados de inversión de Colombia ya mencionados, en los cuales también se dejan ejemplos de violaciones a TJE sin puntualizar una lista exhaustiva, debido a su carácter consuetudinario.

Por supuesto, hay quienes sostienen que el TJE no tiene los elementos suficientes para considerarse costumbre internacional⁷⁶. A este respecto, además de indicar que el carácter consuetudinario de TJE ha sido declarado por Estados y tribunales de inversión, instituciones como la Comisión de Comercio Internacional del NAFTA han establecido que el estándar mínimo de trato para los inversionistas extranjeros será aquel determinado por la costumbre internacional; en ese sentido, el TJE no requiere de un tratamiento adicional o mayor al mínimo requerido según el derecho internacional consuetudinario⁷⁷. En lugar de deconstruir si los elementos de costumbre internacional existen o no respecto al TJE (cuestión apasionante, que bien puede ser objeto de otro capítulo o de todo un libro), lo que sí podemos afirmar —al haber sido uno de los autores de este escrito jefe negociador del APPRI con Francia— es, primero, que en las negociaciones Colombia sí concibió el TJE como una obligación bajo un estándar consuetudinario, por la convicción de que, desde el caso *Neer*⁷⁸, pasando por *Elettronica Sicula*⁷⁹, hasta llegar a *Waste Management II*⁸⁰, el TJE ha evolucionado; segundo, que Colombia así lo hizo, obrando coherentemente con

⁷⁵ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, caso ICJ, preliminary objections, judgment, 2016, 100, párr. 24.

⁷⁶ Véase Patrick Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, *Journal of International Dispute Settlement* 2017, n.º 8 (2016): 155-158.

⁷⁷ Comisión de Comercio Internacional, “Nota interpretativa del capítulo 11”, Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), 31 de julio 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp

⁷⁸ *Neer c. Estados Unidos Mexicanos*, 1926.

⁷⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, 15 de julio de 1989, pars. 110-113.

⁸⁰ *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 95-99.

otros tratados negociados antes que el APPRI con Francia⁸¹; tercero, que la misma Corte Constitucional, buscando limitar los supuestos bajo los cuales puede violarse el TJE, admitió que estaba considerando “normas internacionales consuetudinarias”; y, cuarto, que de forma contradictoria la Corte afirma basarse en la costumbre internacional, pero cierra la lista y desconoce que la costumbre es dinámica.

Al considerar lo anterior, habría sido más coherente que la Corte ordenara la eliminación del término “*inter alia*”; no obstante, ello habría implicado que la Corte declarara inconstitucional el APPRI con Francia. De haberlo hecho, hubiera sido necesario que Colombia y Francia renegociaran nuevamente el tratado, el cual habría tenido que surtir una vez más el trámite ante el Congreso de la República y la Corte Constitucional.

El incorrecto entendimiento de la Corte Constitucional frente al derecho internacional aplicable a Francia y Colombia

Frente a la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”, incluida en la cláusula de TJE, la Corte buscó responder si violaba los principios de seguridad jurídica y soberanía nacional⁸². En su opinión, dicha expresión no permitía identificar los parámetros de derecho internacional que resultarían aplicables para darle contenido a la obligación de TJE⁸³.

De acuerdo con la Corte, el alcance de la expresión “derecho internacional aplicable” podría implicar que Colombia estaría sujeta a normas de derecho internacional a las que no se ha sometido de manera voluntaria, por lo que se le podría exigir el cumplimiento de normas respecto de las cuales no ha manifestado su consentimiento, violando así el principio de soberanía nacional⁸⁴. Por lo anterior, la Corte consideró necesario determinar el contenido de dicha expresión y declarar, en el resolutivo tercero de su sentencia, la exequibilidad de dicha cláusula “a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica”⁸⁵.

⁸¹ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, 22 de noviembre del 2006, art. 10.5; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, 21 de noviembre del 2008, art. 805.

⁸² C. Const., Sent. 252 del 2019, apartado 189.

⁸³ *Ibid.*, apartado 204.

⁸⁴ *Ibid.*, apartado 205.

⁸⁵ *Ibid.*, apartado 207.

Para responder la pregunta planteada por la Corte, habría bastado con remitirse al artículo 38(1), numerales a, b y c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este artículo delimita cuáles son las fuentes primarias de derecho internacional (tratados, costumbres y principios generales del derecho) que han sido reconocidas ampliamente por la Corte Constitucional en sus sentencias y forman parte de la legislación colombiana⁸⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, el único “derecho internacional aplicable” a las partes del APPRI con Francia es el mismo tratado, la costumbre internacional y los principios generales del derecho; de ninguna manera podría ser aplicable, por ejemplo, el APPRI entre Francia y Argentina, o cualquier otro tratado, pues el artículo 38 limita los tratados como fuente de aquel derecho convencional que sea aplicable entre las partes.

La conclusión de la Corte es infundada; más bien, parece que en su lectura omitió interpretar y darle sentido a la expresión “aplicable”, la cual califica en los términos “derecho internacional”.

Según la Corte, la aclaración de la expresión “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” exige identificar el marco normativo aplicable, precisando “si se trata solo del derecho internacional consuetudinario, convencional o de ambos, y si es el primero, a cuáles instrumentos se hace alusión”⁸⁷; es decir, si se trataba de la costumbre internacional, la Corte esperaba que se especificaran los instrumentos a los que se estaría haciendo alusión. Tal expectativa de la Corte revela un error conceptual en su entendimiento de la costumbre internacional, ya que esta —que está compuesta por la práctica general de los Estados y la *opinio iuris*— para existir no necesita estar contenida ni codificada en ningún instrumento. Esto es lo que la diferencia de los tratados internacionales, los cuales también forman parte del derecho internacional aplicable, siempre que las partes los hayan firmado y ratificado⁸⁸. Si bien la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas hace referencia a reglas consuetudinarias y la Corte Internacional de Justicia alude a ellas en diferentes sentencias, no existe un catálogo exhaustivo que las contemple ni tampoco una autoridad encargada de hacerlo.

Por último, es importante señalar que la orden de la Corte Constitucional al Ejecutivo respecto de esta expresión no cuenta con ninguna guía que le permita inferir al Gobierno qué es lo que realmente esperaba la Corte.

⁸⁶ C. Const., Sent. C-269 del 2014, apartado 4.8.2.4.4.

⁸⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 442.

⁸⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 18 de abril de 1948, art. 38.

Teniendo en cuenta que la Corte examinó el contenido del tratado, hubiera sido de mayor utilidad, desde una perspectiva negociadora, que la Corte dijera expresamente lo que esperaba y que fuera más clara en su mandato al Ejecutivo.

Las expectativas legítimas y su efecto sobre el alcance del trato justo y equitativo

Al igual que frente a la expresión “*inter alia*”, con la expresión “expectativas legítimas” la Corte Constitucional buscó analizar si vulneraba el principio de seguridad y si amenazaba el ejercicio de las competencias constitucionales de las autoridades⁸⁹.

En principio, la Corte consideró que la protección a las “expectativas legítimas” prevista en el APPRI con Francia no era ajena al ordenamiento jurídico colombiano, ni contraria a su Constitución Política; por el contrario, consideró que la protección se justificaba en los principios de confianza legítima y buena fe⁹⁰. Para concluir esto, la Corte hizo referencia a sus propias sentencias en las que señaló que las expectativas legítimas de los inversionistas son objeto de protección siempre que: (1) surgieran de buena fe y como resultado de actos o comportamientos consecuentes y reiterados de las autoridades⁹¹; y (2) fueran desconocidas por cambios abruptos e intempestivos de las autoridades⁹².

Así mismo, en la sentencia del APPRI con Francia, la Corte hizo referencia a la extensión que le ha dado la jurisprudencia internacional a dicho estándar. En particular, se remitió a un caso en el cual se señaló que el concepto de expectativas legítimas se relaciona

con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte [...] no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión). El umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada [...] y de las circunstancias del caso⁹³.

⁸⁹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 189.1.

⁹⁰ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 83.

⁹¹ C. Const., Sent. C-169, mar. 7/2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹² C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 210.

⁹³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 197; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso UNCITRAL, laudo arbitral, 26 de enero del 2006, párr. 147 y 148.

Tras la revisión de laudos arbitrales internacionales, la Corte observó que “expectativas legítimas” era una de las expresiones más controversiales del TJE, ya que no se ha definido de manera uniforme. Por lo tanto, señaló que era fundamental determinar el alcance de su definición, para que sus efectos fueran previsibles y se garantizara la seguridad jurídica⁹⁴. De acuerdo con lo anterior, en el numeral 4.º del resolutivo de su sentencia, la Corte declaró exequible la expresión “expectativas legítimas”, a condición de que

las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión⁹⁵.

La explicación de la Corte frente a la expresión “expectativas legítimas” adolece de un enorme vacío, pues no se detuvo a analizar qué es lo que hace que una expectativa de un inversionista sea “legítima” y qué no. Así mismo, la Corte tampoco analizó la distinción entre meras expectativas y expectativas legítimas, sobre lo cual la jurisprudencia internacional ha sido clara⁹⁶.

Además de no haber analizado puntualmente el significado de la expresión “expectativas legítimas” del APPRI con Francia, lo cual, como sabe la Corte, es un mandato interpretativo bajo el artículo 31 de la CVDT, su

⁹⁴ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 211.

⁹⁵ *Ibid.*, apartado 212.

⁹⁶ *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI n.º ARB/13/2, laudo arbitral, 7 de marzo del 2017, párr. 509. Al respecto, señala: “El Tribunal comenzará su análisis fijando el estándar aplicable a este elemento. Las expectativas legítimas protegidas en derecho internacional son aquellas que tienen los inversionistas en el momento de realizar la inversión, basadas en los compromisos o promesas hechos por el Estado para atraer dicha inversión. Dichas expectativas deben ser razonables y legítimas, creadas por el Estado para que el inversionista confíe y se base en ellas, es decir, no resultan de un optimismo injustificado por parte del inversionista. Esto ha sido corroborado por diversos tribunales que han señalado lo siguiente: ‘the concept of ‘legitimate expectations’ relates [...] to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct’ [...] ‘Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed’”; *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*, caso PCA n.º 2012-16 (formerly AA 434), partial final award, 6 de mayo del 2016, párr. 248.

orden adolece de problemas de redacción: al descomponer las condiciones que ordena la Corte, es evidente que mientras la primera parte tiene algún sentido, la segunda parte no lo tiene. Según la primera parte, “solo habrá lugar a expectativas legítimas que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión”⁹⁷. La segunda parte del mandato de la Corte, aquella que resulta mucho más confusa, establece “que solo habrá lugar a [expectativas legítimas] [...] [cuando] se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión”⁹⁸. Leer la segunda parte como está escrita lleva a errores conceptuales, y se presume que la Corte no tenía la intención de decir que hay expectativas legítimas cuando hay cambios abruptos e inesperados realizados por el Estado; más bien, lo que en sana lógica la Corte debió haber querido decir es que las “expectativas legítimas se violan o son afectados” por dichos cambios. Pero eso no fue lo que escribió en varias partes de la sentencia del APPRI con Francia.

Aun asumiendo que la Corte se refiere a que dichas expectativas son violadas o afectadas por el Estado cuando este realiza cambios abruptos e inesperados, ello no resuelve del todo la pregunta básica sobre qué hace que las expectativas sean *legítimas*. Es cierto que para la Corte hay lugar a expectativas legítimas cuando el Estado ha realizado actos específicos y reiterados que inducen al inversionista a realizar o mantener la inversión; no obstante, la Corte habría podido alcanzar un mayor nivel de precisión si hubiera exigido que los actos que generan dichas expectativas fueran *expresos, claros e inequívocos*.

Además, la Corte no desarrolló un tema central en la discusión sobre expectativas legítimas, como se explicó durante la audiencia ante la Corte⁹⁹: el inversionista difícilmente puede tener expectativas que un tribunal internacional considere *legítimas* si la legislación nacional permitía los cambios regulatorios efectuados o si la autoridad que los efectuó tenía la competencia de hacerlo, y si en ningún momento el Estado prometió mantener las regulaciones intactas, estabilizándolas.

⁹⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 215.

⁹⁸ *Ibid*, apartado 215.

⁹⁹ Rivas, “Nivel mínimo de trato”, párr. 28.

Trato nacional y nación más favorecida

Trato nacional

Esta subsección analiza por qué el test enunciado por la Corte Constitucional para determinar que una medida viola el TN no es exactamente el que los tribunales de inversión han aplicado. En particular, primero, examinamos las razones por las que el primer paso del test planteado por la Corte tiene una aplicación más específica que la presentada; segundo, explicamos cuál es el real contenido de los requisitos del test, dado que la Corte omitió explicar de qué se tratan.

Para la Corte, el estándar de TN implica “aplicar a los extranjeros el mismo tratamiento legal que a los nacionales”¹⁰⁰. Así mismo, para el desarrollo y aplicación de esta disposición, la Corte basó su entendimiento en el test formulado en *Saluka v. Czech Republic*, en el cual el tribunal señaló que, para que una medida adoptada por el Estado se considere discriminatoria, se debe demostrar que los extranjeros “(i) [en] casos similares, (ii) son tratados de manera diferente y (iii) sin una justificación razonable”¹⁰¹.

Siguiendo esta línea, el alto tribunal resaltó que la jurisprudencia internacional no es uniforme a la hora de entender la expresión “situaciones similares”, por lo cual la redacción amplia que se consignó en el APPRI con Francia podría abrir la puerta a un importante número de interpretaciones¹⁰². Dada la incertidumbre de la definición de esta expresión, prevista en la cláusula 5.°, que según la Corte existe, el alto tribunal observó que recientes desarrollos del derecho internacional de las inversiones la han definido de manera más clara. La Corte puso como ejemplo el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), en el que adoptaron una nota interpretativa sobre “situaciones similares” para dotar dicha expresión de mayor claridad¹⁰³.

Cabe resaltar que, al hacer una revisión más comprehensiva de casos de arbitraje de las inversiones sobre TN, es evidente que el primer paso del test que se aplica para analizar la violación del estándar de TN es más preciso.

¹⁰⁰ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 230.

¹⁰¹ *Ibid.*, apartado 230.

¹⁰² *Ibid.*, apartado 231.

¹⁰³ *Ibid.*, apartado 232. Al respecto, la Corte señaló: “para mayor certeza, si el trato se otorga en circunstancias similares depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el tratamiento distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público”.

Aquel es “comparadores similares” y no en general “casos similares”¹⁰⁴. Así, el test aplicable a TN es: (1) comparadores similares, (2) tratamiento diferencial y (3) ausencia de una justificación razonable de política pública para la diferenciación¹⁰⁵.

De acuerdo con lo anterior, a diferencia de lo señalado por la Corte, la jurisprudencia internacional ha entendido que el TN se infringe cuando la totalidad del test enunciado se cumple. El primer paso es develar la existencia de comparadores similares, es decir, inversionistas similares, y no de casos similares; en otras palabras, cuando un inversionista y una inversión nacional son comparables al inversionista extranjero y a su inversión. El punto de referencia para que haya comparadores similares es, entre otros factores, que los inversionistas sean *competidores* en los bienes o servicios que ofrecen¹⁰⁶.

Por último, si bien los puntos 2 y 3 están enunciados en el test referido por la Corte, esta omite explicar en realidad de qué se tratan, así como realizar la conexión entre el punto 3 y la referencia que hace a las aclaraciones realizadas en el TPP sobre justificaciones de política pública para hacer la diferenciación.

Situaciones similares

La Corte Constitucional prestó especial atención a la expresión “situaciones similares” e identificó que dicho vocablo no ofrece suficiente seguridad para el Estado colombiano, dado que no ha sido aplicado de manera uniforme por los tribunales de arbitraje de inversión. Así, explicó que, en algunos casos, el test ha implicado un análisis de comparadores idénticos y, en otros, de comparadores cercanos¹⁰⁷.

Para la Corte, la inseguridad jurídica proviene de que las autoridades nacionales deben enfrentarse a una incertidumbre sobre si las medidas o decisiones que adoptan y toman implican o no un trato diferencial que pueda llevar a configurar un hecho internacionalmente ilícito y dar lugar a

¹⁰⁴ Cabe anotar que, si bien la Corte sí se refiere a “comparadores” respecto a TN, cuando definió el primer paso del test lo hizo como casos similares y no como comparadores similares.

¹⁰⁵ Véase *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/03/29, laudo arbitral, 27 de agosto del 2009, párr. 389; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB/AF/99/1, laudo arbitral, 16 de diciembre del 2002, párr. 171; *Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, caso UNCITRAL, laudo parcial, 13 de noviembre del 2000, párr. 250.

¹⁰⁶ Véase *Bayindir c. Pakistán*, párr. 389; *Marvin c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 171; *Myers, c. Canadá*, párr. 250.

¹⁰⁷ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 246.

responsabilidad internacional de Colombia¹⁰⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declaró exequible la expresión “situaciones similares”, en el numeral 5.° del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, a condición de que “las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica”¹⁰⁹.

Cabe destacar que la Corte omitió por completo analizar y puntualizar a qué se aplica la frase “situaciones similares” en su estudio sobre el test aplicable a TN. En la interpretación de tratados, lo primero que tiene que hacer el intérprete es leer el texto del tratado¹¹⁰. En lo que respecta a TN, el mismo artículo 5.° del APPRI con Francia señala: “trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus *Inversionistas*” (énfasis añadido). Luego, es claro que, con fundamento en el texto mismo del tratado, lo primero que la Corte debió reconocer —¡pues el tratado se lo dice!— es que la comparación es entre el trato a los inversionistas extranjeros y aquel dado a los inversionistas nacionales en situaciones similares.

Definitivamente, el hecho de que la Corte no haya iniciado su análisis por el principio, ni haya entendido o explicado con claridad cuál es el objeto de la comparación en la cláusula de TN, dificultó que entendiera de qué se tratan las situaciones similares.

Por último, como se ha mencionado respecto a otros numerales del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, en este caso el mandato de la Corte Constitucional al Ejecutivo tampoco le dio una clara línea de acción al Gobierno.

Necesarias y proporcionales

Al considerar laudos de arbitraje de inversión, la Corte concluyó que la expresión “necesarias y proporcionales” cuenta con al menos una lectura que va en contravía de la Constitución Política¹¹¹; según la Corte, una de estas interpretaciones es que el Estado solo tiene la potestad de implementar las medidas que tengan como fin garantizar el orden público, siempre que sean necesarias, esto es,

que sean indispensables, que no exista otro medio alternativo para alcanzar tal fin con la misma intensidad y que a la vez sea más benigno con los derechos de los inversionistas; y proporcionales, es decir, que la satisfacción del

¹⁰⁸ *Ibid.*, apartado 246.

¹⁰⁹ *Ibid.*, apartado 246.

¹¹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.

¹¹¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 247.

orden público resulte imperiosa y sea por lo menos equivalente al grado de afectación de otros principios constitucionales¹¹².

De acuerdo con la Corte, dicha interpretación no es compatible con la Constitución Política, pues implica que la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades colombianas para garantizar el orden público sería restringida, ya que el Estado solo podría adoptar medidas que se consideren indispensables. En particular, según la Corte, el estándar de indispensabilidad resulta incompatible con el margen de configuración en materias económicas¹¹³.

Así, para garantizar la autonomía regulatoria del Estado y la competencia de adoptar las medidas que consideren razonables y apropiadas para garantizar el orden público, en el numeral 7.º del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, la Corte declaró exequible la expresión “necesarias y proporcionales”,

bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de, respectivamente, garantizar el orden público y proteger los objetivos legítimos de política pública¹¹⁴.

El punto exigido por la Corte consiste en que las medidas que eventualmente cuestione el inversionista extranjero y califique como discriminatorias no tienen que ser las únicas medidas posiblemente aplicables para que el tribunal arbitral, que esté decidiendo el caso bajo el APPRI con Francia, las considere *necesarias*. En este punto, consideramos que la Corte —que es experta en la identificación y diferenciación de los test de proporcionalidad y necesidad, los cuales han sido utilizados en la jurisprudencia europea e interamericana de derechos humanos— tiene razón. Con la exigencia de la aclaración en una declaración interpretativa conjunta, es cierto que el Estado colombiano tiene un mayor margen de maniobra, pues la medida, si bien tiene que ser útil y conducente para garantizar el orden público (además de proporcional), no tiene que ser la única.

Respecto a la expresión “medidas necesarias y proporcionales”, la orden de la Corte al Ejecutivo fue suficientemente clara, dado que la Declaración Interpretativa Conjunta del 12 de agosto del 2020 de los dos Gobiernos

¹¹² *Ibid.*, apartado 247.

¹¹³ *Ibid.*, apartado 248.

¹¹⁴ *Ibid.*, apartado 250.

aclaró “que una medida no necesitará ser la única opción disponible para ser considerada necesaria y que una medida no será proporcional si su impacto es tan grave a la luz del objetivo perseguido que parece manifiestamente excesiva”.

Nación más favorecida

De acuerdo con la Corte, el estándar de NMF es similar al de TN, en la medida que busca garantizar al inversionista un trato “no menos favorable” que el otorgado a los inversionistas de otros Estados¹¹⁵. La Corte identificó que dicho estándar cuenta con un efecto importante para el arbitraje de inversión, toda vez que funge “como puerta de entrada de normas más favorables previstas en otros tratados”¹¹⁶.

Para la Corte, la cláusula de NMF en los términos del APPRI con Francia resultaba incompatible con el libre ejercicio de la competencia del presidente de la República de dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados. En efecto, indicó que la disposición volvía inocua la competencia del presidente para futuras negociaciones, ya que permitía la importación de cláusulas de otros acuerdos y ampliaba el alcance de las disposiciones del APPRI con Francia¹¹⁷. Adicional a lo anterior, la Corte consideró que el efecto de la cláusula NMF implicaba que cualquier beneficio que Colombia concediera a inversionistas de otros Estados sería aplicable también a los inversionistas franceses¹¹⁸. Por ello, en el numeral 6.º del resolutivo de la sentencia del APPRI con Francia, la Corte declaró exequible la expresión “trato”,

bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.

Frente a esta cláusula, la Corte fue limitada en su comprensión. Esta ha sido analizada en la jurisprudencia con por lo menos tres aplicaciones que no son excluyentes entre sí¹¹⁹. La primera aplicación se refiere a que el

¹¹⁵ *Ibid.*, apartado 239.

¹¹⁶ *Ibid.*, apartados 239 y 251.

¹¹⁷ *Ibid.*, apartado 251.

¹¹⁸ *Ibid.*, apartado 252.

¹¹⁹ José Antonio Rivas y María Fernanda Estrada, “Trato nacional, trato de la nación más favorecida, y principio de no discriminación en el arbitraje de inversión”, en *Tratados*

Estado anfitrión de la inversión extranjera dé un mejor trato a un inversionista de un tercer Estado que al inversionista extranjero protegido por el APPRI.

La segunda aplicación, la cual está proscrita de forma explícita en el APPRI con Francia¹²⁰, se refiere a que, por vía de la cláusula de NMF, el tribunal de arbitraje de inversión aplique una cláusula más favorable —*en materia de resolución de controversias inversionista-Estado*— de un tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado. Esta segunda aplicación, también conocida como la doctrina Maffezini, se excluyó expresamente del APPRI con Francia —así como se ha excluido de los demás tratados de inversión de Colombia a partir del APPRI con Suiza—, porque la cláusula sobre solución de controversias de arbitraje inversionista-Estado de un tratado está íntimamente ligada al *consentimiento* del Estado al arbitraje. Dicha cláusula se negocia detallada y específicamente para y por los dos Estados parte del tratado; por ello, sería absurdo que la cláusula aplicable de resolución de controversias inversionista-Estado se pudiera reemplazar con aquella de otro tratado.

La tercera aplicación —que no está proscrita en el APPRI con Francia— se refiere a que, por vía de la cláusula de NMF, el tribunal de arbitraje de inversión aplique una cláusula *sustantiva* más favorable de un tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado. Por *cláusulas sustantivas* se entienden aquellas obligaciones de trato al inversionista extranjero, por ejemplo, las obligaciones de TN, TJE, protección y seguridad plenas, no expropiación sin compensación, y libre transferencias.

No obstante, la Corte no se refiere a la primera aplicación explicada, ni identifica el test para determinar si existió una violación de trato de NMF. Al respecto, habría sido suficiente que la Corte hubiera aclarado que se aplicaba un test análogo a aquel del TN, de tres pasos, con la diferencia de que en el primer paso el *comparador similar* ya no es un inversionista nacional,

internacionales y el arbitraje de inversión: experiencias de Colombia y del derecho comparado, editado por Alfredo Fuentes *et al.* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019).

¹²⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 10 de julio del 2014. Al respecto, el numeral 4.° de la cláusula 5.° señala: “4. Para mayor claridad, el trato de nación más favorecida, que ha de otorgarse en situaciones similares, y referido en este Acuerdo no se extiende al artículo 1.° ni a los mecanismos de arreglo de diferencias, tales como los contenidos en los artículos 15 y 17 del presente Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión”.

sino un inversionista extranjero de un tercer Estado¹²¹, es decir, la comparación se hace entre el inversionista extranjero protegido por el tratado de inversión y un inversionista de un tercer Estado. La Corte tampoco se detiene en el rechazo a la doctrina Maffezini que hace el APPRI con Francia, pues evidentemente está de acuerdo con ese rechazo.

De forma preponderante, la Corte se enfoca en la tercera aplicación de la cláusula de NMF. Según esa aplicación, como lo explicamos, una cláusula sustantiva más favorable de un tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado reemplaza a la cláusula sustantiva del tratado original. Durante las intervenciones en la audiencia ante la Corte, se explicó que el Ejecutivo colombiano y el Ejecutivo francés no rechazaron esta tercera aplicación, pues no había, ni hay todavía, ninguna razón de política pública internacional económica para dar un mejor trato sustantivo a inversionistas de terceros países, que aquel que Francia le da a inversionistas colombianos y que aquel que Colombia le da a inversionistas franceses. Todo lo contrario: hay razones de sana competencia económica entre inversionistas extranjeros que lleguen a Colombia para darles un trato similar.

Independientemente de la imposición de la Corte de sus propias razones de conveniencia sobre el Ejecutivo para rechazar la anterior aplicación de trato de NMF, el cual es un problema de derecho constitucional internacional que se discutió en la primera sección de este escrito, desde la perspectiva del derecho internacional público observamos que una lectura basada en los preceptos interpretativos de la CVDT, contenidos en su artículo 31, conduce a que el APPRI sí permitía que al inversionista francés se le aplicara una cláusula sustantiva más favorable de un tratado entre el Estado colombiano y un tercer Estado (y viceversa, respecto al inversionista colombiano en Francia). Veamos: primero, carece de sentido permitir que Colombia aplique a inversionistas franceses o pueda aplicar un estándar menor en TN, TJE, protección y seguridades plenas, expropiación o cualquier otra disciplina sustantiva que aquel que aplica a inversionistas extranjeros de terceros países. Esa aplicación diferenciada, a todas luces, constituye y

¹²¹ Véase *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, caso CIADI n.º ARB/05/8, laudo, 11 de septiembre del 2007, párr. 371. Al respecto, enumera las siguientes condiciones y compara la filial del reclamante noruego en Lituania, llamada Baltijos Parkings UAB y Pinus Propius, una compañía de propiedad de una empresa danesa que invertía en Lituania: (1) el comparador “debe ser un inversor extranjero”; (2) el comparador y el reclamante “deben estar en el mismo sector económico o empresarial”; (3) “Los dos inversionistas deben ser tratados de manera diferente”; y (4) “No debe haber ninguna política o propósito detrás de la medida aplicable a la inversión que justifique el tratamiento diferenciado”.

significaría un mejor “trato” a otros inversionistas extranjeros que a inversionistas franceses.

Segundo, considerando el contexto del tratado, otra de las máximas interpretativas del artículo 31 de la CVDT, mientras que en el APPRI se rechazó la doctrina Maffezini, no se rechazó que, en virtud de trato de NMF al inversionista extranjero protegido por el APPRI con Francia, se le aplicara una cláusula sustantiva más favorable de un tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado. Esa ausencia de rechazo no fue una omisión de los negociadores.

Tercero, la línea jurisprudencial mayoritaria en arbitraje de inversión ha reconocido que, salvo las excepciones establecidas en el tratado —por ejemplo, el rechazo a la doctrina Maffezini, la no extensión de trato de NMF a cuestiones tributarias, la no extensión de trato de NMF cuando las mejores cláusulas provienen de acuerdos como las uniones aduaneras, y cualesquiera otras excepciones a trato de NMF establecidas en el tratado original—, en virtud de trato de NMF al inversionista extranjero protegido bajo el tratado de inversión, se le aplicara la cláusula sustantiva más favorable de aquel tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado¹²².

Tan evidente es que la anterior es la interpretación razonable y legítima del APPRI con Francia, que la Corte, al no estar de acuerdo, ordenó que así no se podía entender la cláusula de trato de NMF. La anterior interpretación, por supuesto, era la legítima y razonable, de acuerdo con los preceptos interpretativos de derecho internacional público, hasta que los dos Estados acordaron en la Declaración Interpretativa Conjunta del 5 de agosto del 2020 que tal aplicación no podía entenderse como trato de NMF.

Otras disposiciones

En la sentencia del APPRI con Francia, la Corte también hizo un análisis frente al artículo 16 de dicho instrumento, el cual se denomina “Otra disposición”. Al respecto, el artículo señala:

Artículo 16. Otra disposición. Cuando las leyes de una de las Partes Contratantes, o las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo, contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más

¹²² José Antonio Rivas “Application of Most-Favored-Nation Treatment Clause”, en *Revolution in the International Rule of Law: Essays in Honor of Don Wallace, Jr.*, editado por Borzu Sabahi, Nicholas J. Birch, Ian A. Laird y José Antonio Rivas (Nueva York: JurisNet, LLC, 2014), 429-450.

favorable que el previsto en el presente Acuerdo, estas disposiciones aplicarán en la medida en que sean más favorables.

Uno de los intervinientes dentro del trámite de constitucionalidad del APPRI con Francia solicitó su inconstitucionalidad; así, consideró que Colombia se estaba comprometiendo a asumir obligaciones internacionales a favor de Francia, las cuales pertenecían a instrumentos internacionales de los que no formaba parte, lo que contradecía el principio de soberanía nacional. También adujo que Colombia adquiriría las obligaciones del inversionista francés en cualquier país donde este tuviera sedes o realizara negocios, aún si Colombia no tenía acuerdos internacionales de inversión con dichos países¹²³. De acuerdo con lo anterior, la Corte analizó si el artículo 16 era compatible con la Constitución Política y si la expresión “emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo” iba en contravía de los principios de soberanía nacional y seguridad jurídica¹²⁴.

Frente a esto, la Corte señaló que, por medio de la Declaración Interpretativa Conjunta que suscribieron Francia y Colombia el 23 de octubre del 2017 sobre el artículo 16, ya había quedado claro que las “obligaciones emanadas del derecho internacional” hacían referencia únicamente a aquellos tratados que habían sido suscritos por Colombia y Francia¹²⁵. Por eso, la Corte consideró que los reparos formulados por los intervinientes estaban superados y, por lo tanto, decidió declarar la exequibilidad del artículo 16¹²⁶.

Cabe mencionar que la manifestación del interviniente, traída a colación por la Corte, es tan solo un ejemplo de cómo algunos comentaristas se refieren a la supuesta violación del principio de soberanía nacional sin rigurosidad alguna. Repetir de manera constante que la soberanía nacional está siendo violada, sin identificar desde un principio la noción de soberanía que se adopta, deja el concepto vacío y cualquier conclusión sin sustento alguno. En ese sentido, si se está hablando de soberanía desde la perspectiva del derecho internacional público, se debe tener en cuenta lo manifestado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Wimbledon*, según la cual “El tratado y sus cláusulas no son una cesión de soberanía, sino más bien una expresión de ella”, precisamente porque el Estado soberano tiene

¹²³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 396.

¹²⁴ *Ibid.*, apartado 406.

¹²⁵ *Ibid.*, apartado 407.

¹²⁶ *Ibid.*, apartados 408 y 413.

la facultad de obligarse mediante el tratado. En desarrollo de tal soberanía, también tiene el derecho de denunciar y terminar tratados¹²⁷.

Consideramos que la Corte descartó adecuadamente las interpretaciones que algunos intervinientes hicieron frente al artículo 16. En particular, la Corte calificó la supuesta violación a la soberanía y las lecturas de que esta cláusula implicaba la aplicación del derecho francés en Colombia como “contraevidentes”¹²⁸. De hecho, de manera acertada, la Corte interpretó que la expresión “leyes de una de las Partes Contratantes” se refiere a la leyes del Estado anfitrión, y que la frase “las obligaciones emanadas del derecho internacional existente” se refiere al derecho en vigor entre las partes del tratado.

El proceso de renegociación del APPRI con Francia

Como sabemos, las condicionalidades contenidas en la sentencia del APPRI con Francia obligaron al Gobierno colombiano a reabrir el proceso de negociación con la República Francesa. ¿Qué tan difícil fue este proceso? Es un asunto anecdótico. Cerca de un año después de tan sonada sentencia, como lo anotamos, el pasado 5 de agosto del 2020, tratando de seguir las instrucciones de la Corte Constitucional, Colombia suscribió una nueva declaración interpretativa conjunta con Francia¹²⁹. Visto el texto de esta Declaración Interpretativa Conjunta, se pueden apreciar los resultados reales de la sentencia del APPRI con Francia. De estos siete párrafos que fueron adoptados por las partes, además de lo ya analizado, es especialmente relevante hacer hincapié en lo siguiente:

- Como era evidente, a fin de esclarecer cuál es el “derecho internacional aplicable” en la cláusula de TJE, en el numeral 2.° las partes se limitaron a realizar un listado de las fuentes de derecho internacional. Con esto no solo se da cumplimiento a lo ordenado por la Corte, sino se pone en evidencia lo superfluo que resultaba solicitar esta aclaración. A diferencia de lo requerido por Corte, en el sentido de que se enunciaran cuáles eran los instrumentos aplicables y si el derecho internacional aplicable incluía el derecho consuetudinario,

¹²⁷ *Asunto del Wimbledon Serie A1*, Sentencia CPJ1, 17 de mayo de 1923, cap. I, sección I y II.

¹²⁸ C. Const., Sent. C-252 del 2019, apartado 409.

¹²⁹ Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 10 de julio del 2014.

la Declaración Interpretativa Conjunta no identificó tales instrumentos, porque, como ya se explicó, la costumbre internacional no requiere de codificación alguna para existir.

- Tal como se puede apreciar de la redacción del numeral 2.°, que concierne al TJE, las partes adoptaron una redacción que implicaba desconocer totalmente el sentido corriente de la expresión “*inter alia*” y, en su defecto, lo reemplazaron por una lista exhaustiva de circunstancias que pueden dar pie a una violación de TJE. Sin duda, esto implica una modificación del tratado, bajo la teoría de que “*inter alia*” tiene un significado *analógico*, el cual la Corte nunca explicó. Sin embargo, en tanto Colombia y Francia acordaron eliminar el término “*inter alia*”, tal eliminación no genera problema alguno para Colombia en derecho internacional público.
- Mediante la inclusión del numeral 3.° de la Declaración Interpretativa Conjunta, las partes crearon una nueva condicionalidad al tratado, que implica limitar la posibilidad de incluir nuevas circunstancias que puedan resultar en una violación al TJE, es decir, ahora solo se puede violar el TJE por alguna de las situaciones enunciadas en el numeral 2.°. Esta redacción supuestamente limita el alcance de la cláusula contenida en el artículo 4.°, lo cual buscaba reducir la inseguridad jurídica; no obstante, mientras que la Corte buscaba limitar la lista de supuestos que violan el TJE, en realidad la amplió al incluir el supuesto de discriminación. Además, otro efecto del entendimiento de la Corte es que excluye cualquier posibilidad de interpretar esta cláusula de manera evolutiva.
- Frente al numeral 4.° respecto a expectativas legítimas, nos remitimos al análisis compartido anteriormente en estas reflexiones finales.
- Frente al numeral 6.°, relativo al trato de NMF, la redacción elegida por las partes no proscribire de manera expresa la importación de cláusulas sustantivas de otros acuerdos vía cláusula de NMF. No obstante, esta proscripción es deducible de la redacción de la Declaración, pues las partes limitan la incorporación por referencia de disposiciones concretas de otros instrumentos internacionales, al explicitar que las obligaciones sustantivas de otros tratados no pueden considerarse en sí mismas un “trato”¹³⁰.

¹³⁰ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, caso ICSID n.° ARB/05/1, 11 de agosto del 2012, párrs. 217-224.

- Con la redacción del numeral 7.°, en efecto, se aseguró que el anfitrión de la inversión tenga suficiente control sobre su capacidad regulatoria, sin que el ejercicio de esta vaya a desencadenar violaciones al tratado. Al establecer que una medida no tiene que ser la única disponible para que pueda ser calificada como “necesaria” y “proporcional”, se reduce el riesgo de violación, al tiempo que se brinda mayor seguridad jurídica para los Estados parte de este tratado.

En general, aunque no íntegramente, la Declaración Interpretativa Conjunta cumple con el objetivo de la Corte y, en efecto, brinda mayor seguridad jurídica tanto a las partes como a los inversionistas que se verán cobijados por el APPRI con Francia. No obstante, uno de los lunares de la sentencia del APPRI con Francia es la confusa orden que le dio al Ejecutivo para aclarar el significado de la expresión “expectativas legítimas”. A su vez, la Declaración no aclaró tal expresión como lo solicitó la Corte, lo cual, si el APPRI se ratifica sin aclaraciones conjuntas adicionales, puede llevar a que un tribunal de arbitraje de inversión considere que las expectativas legítimas de un inversionista francés puedan ser afectadas, a pesar de que no haya habido *cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas*.

Aún está pendiente comprobar si en la práctica este compromiso bilateral sobre cómo interpretar el APPRI tiene los efectos esperados y logra limitar la responsabilidad internacional del Estado colombiano; sin embargo, como lo explicamos, más allá de que exista o no una declaración que limite ciertas posibles interpretaciones del tratado, la responsabilidad de los Estados anfitriones de la inversión solo se verá reducida en la medida en que los operadores jurídicos de estos tratados, es decir, los agentes del Estado anfitrión, entiendan y sean respetuosos de los estándares incluidos.

CONCLUSIÓN

En materia de derecho constitucional internacional, en general, la sentencia del APPRI con Francia no resultó en una extralimitación de las funciones de la Corte, salvo por haberle ordenado al Ejecutivo: (1) que no considerara como trato de NMF la aplicación de una cláusula sustantiva más favorable de un tratado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado; y (2) que le diera un sentido analógico a la expresión “*inter alia*” en la cláusula de TJE, lo cual efectivamente eliminó tal expresión del APPRI (aunque no lo dijo así). A excepción de los temas ya mencionados, la Corte ejerció sus competencias frente al control de constitucionalidad de los tratados internacionales

tratando de ser armónica con las funciones del presidente de la República, las cuales no están exentas del control constitucional.

En cuanto al cambio de precedente constitucional, la Corte aportó razones suficientes para justificar el nuevo precedente, en particular, al referirse a la necesidad de pronunciarse sobre el alcance de las normas de los tratados de inversión, cuya aplicación podría tener repercusiones constitucionales.

Por los estímulos de actualidad mundial en derecho internacional de las inversiones, pero en especial por los crecientes casos en contra de Colombia y el papel que la Corte ha desempeñado en ese crecimiento, según las demandas de los inversionistas extranjeros, era de esperarse que la Corte adoptara, como lo hizo, un test más estricto. Ese nuevo test determinó que se acordara una declaración interpretativa conjunta en la que se puntualizaran varios temas; en particular, la Corte exigió que las partes definieran el contenido de las expresiones “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”, del artículo 4.^o^[131], “situaciones similares”¹³² y “trato”¹³³, del artículo 5.^o, y “necesarias y proporcionales”, de los artículos 3.^o y 6.^o del APPRI con Francia¹³⁴.

Como se ha explicado, la Corte también exigió que el alcance de la cláusula de NMF fuera limitado, que se eliminara el sentido ordinario de la expresión “*inter alia*” de la cláusula de TJE y que se aclarara el significado de la expresión “expectativas legítimas” en la cláusula de TJE.

Las órdenes de la Corte que limitaron el alcance de la cláusula de NMF y eliminaron, en efecto, la expresión “*inter alia*” de la cláusula de TJE implican una exposición relativamente menor (no significativamente menor) a demandas de arbitraje de inversión por violaciones del APPRI con Francia. No obstante, si ello era lo que la Corte buscaba, lamentablemente la orden de aclaración respecto a la noción de “expectativas legítimas” incluida en la cláusula de TJE, y lo que finalmente Colombia y Francia negociaron y firmaron como Declaración Interpretativa Conjunta, ni aclaran mucho, ni logran una menor exposición a pleitos internacionales de inversión por eventuales demandas por afectaciones a las expectativas legítimas de inversionistas franceses contra Colombia, o de colombianos contra Francia, porque mientras que la Corte le ordenó al Ejecutivo, de manera bastante confusa en su redacción, que “solo habrá lugar a expectativas legítimas que

¹³¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019, resolución tercera.

¹³² *Ibid.*, resolución quinta.

¹³³ *Ibid.*, resolución sexta.

¹³⁴ *Ibid.*, resolución séptima.

se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión”, y que tales expectativas legítimas son afectadas “por cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”, en la Declaración Interpretativa Conjunta entre el Colombia y Francia del 5 de agosto del 2020, ello no quedó consignado de manera íntegra. La cláusula 4.° de la declaración establece:

Las expectativas legítimas [...] se refieren a si una Parte Contratante se había dirigido específicamente a un inversionista para inducirle a realizar una inversión, creando unas expectativas razonables que motiven la decisión de este último de realizar o mantener la inversión y que, sin embargo, acaben siendo frustradas por dicha Parte Contratante¹³⁵.

A todas luces, hay una diferencia entre expectativas legítimas “que acaben siendo frustradas” por el Estado anfitrión —que fue lo que Colombia y Francia finalmente aclararon— y expectativas legítimas que sean afectadas o frustradas “por cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas” —que fue lo que la Corte Constitucional le ordenó al Ejecutivo aclarar antes de ratificar el APPRI con Francia—. La segunda frase implica un estándar más exigente para concluir que las expectativas legítimas fueron afectadas en contravía del APPRI con Francia.

Independientemente de lo que haya sido —falta de claridad en la redacción de la orden de la Corte Constitucional al Ejecutivo respecto a la expresión “expectativas legítimas” o falta de acuerdo entre Colombia y Francia para reflejar lo que la Corte ordenó que quedara en la Declaración Interpretativa Conjunta—, lo cierto es que lo que exigió la Corte a nivel constitucional quedó con un menor estándar en la declaración conjunta. Esta significativa diferencia sí puede llevar a una antinomia entre derecho constitucional y derecho internacional público, pues lo que importa para el derecho internacional público no es la sentencia del APPRI con Francia, sino lo que Colombia y Francia hayan acordado en el APPRI y cómo lo hayan acordado interpretar conjuntamente.

Por lo tanto, más allá de la evidente preocupación de la Corte frente a posibles declaraciones de responsabilidad internacional por violación de tratados de inversión, incluidos aquellos actos que ella misma haya efectuado,

¹³⁵ Declaración Interpretativa Conjunta entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020, cláusula 4.

e independiente de que la Corte Constitucional se haya extralimitado en sus funciones al restringir la facultad negociadora del Ejecutivo en aspectos puntuales, desde la perspectiva de defensa de los intereses del Estado colombiano, tener un tratado con cláusulas más restrictivas y cuyo contenido y significados sean acordados en conjunto puede resultar benéfico para Colombia en eventuales arbitrajes de inversión que presenten inversionistas franceses en su contra, aunque en últimas la violación o no del APPRI con Francia dependerá de que los agentes y las entidades del Estado entiendan y cumplan las obligaciones allí contenidas.

Además, uno de los más potentes argumentos para un equipo negociador de cualquier tratado consiste en indicar que, salvo que la contraparte negociadora ceda a las exigencias establecidas por su máxima autoridad judicial constitucional para la ratificación de un tratado, dicho instrumento no se podrá ratificar. Antes de que el APPRI con Francia fuera ratificado, bajo derecho internacional público, el Estado colombiano, liderado en sus negociaciones internacionales por el Ejecutivo, bien pudo haber acordado con Francia un significado más claro de “expectativas legítimas”. Una vez vigente el APPRI con Francia, ninguna de las partes podrá hacer modificación alguna al contenido del tratado¹³⁶, excepto si los dos Estados vuelven a negociar una enmienda o un protocolo para este.

Finalmente, surge la pregunta de los efectos de la sentencia del APPRI con Francia para los pasados y futuros tratados de inversión de Colombia. Para los futuros tratados de inversión, se espera que el Ejecutivo aplique los criterios exigidos por la Corte en eventuales negociaciones; para los tratados de inversión vigentes de Colombia, si bien la Corte es clara en que no lo exige, ni lo puede exigir en derecho internacional público, lo inteligente sería que el Gobierno colombiano renegociara esos tratados e incorporara criterios similares, o que escogiera la vía de nuevas aclaraciones conjuntas con aquellos Estados con los que Colombia forme parte de tratados de inversión en vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, 10 de julio del 2014.

¹³⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, 10 de julio del 2014. Este tratado entró en vigencia el 14 de octubre del 2020.

- Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, 22 de noviembre del 2006.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, 21 de noviembre del 2008.
- América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB(AF)/16/5.
- Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/18/5.
- Asunto del Wimbledon Serie A1*. Sentencia CPJI, 17 de mayo de 1923.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*. Caso CIADI n.º ARB/03/29, laudo arbitral, 27 de agosto del 2009.
- Cameron, Iain. "Treaties, Declarations of Interpretation". En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Carrizosa Gelzis c. República de Colombia*. Caso CPA n.º 2018-56.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Base de datos de casos. s. f. <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>
- Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*. Caso CIADI n.º ARB/13/2, laudo arbitral, 7 de marzo del 2017.
- Comisión de Comercio Internacional. "Nota interpretativa del capítulo 11", Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), 31 de julio 2001. http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). "Grupo de Trabajo III, Documento de Trabajo n.º A/CN.9/WG.III/WP.149", noviembre del 2018. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UND/OC/LTD/V18/064/96/PDF/V1806496.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). "Argentina". *Investment Policy Hub*, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>.
- "Canada". *Investment Policy Hub*, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/35/canada>.
- "Spain". *Investment Policy Hub*, 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain>.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1840, 12 de julio del 2017, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. *Diario Oficial* 50 292.
- Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-008, 23 de enero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-027, 5 de febrero de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.
 - Sentencia C-031, 28 de enero del 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia C-169, 7 de marzo del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
 - Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
 - Sentencia C-269, 2 de mayo del 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.
 - Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
 - Sentencia C-379, 22 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
 - Sentencia C-494, 17 de febrero de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
 - Sentencia SU-406, 4 de agosto del 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*. Caso ICSID n.º ARB/05/1, 11 de agosto del 2012.
- Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, suscrito el 5 de agosto del 2020. www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos-1/Francia/BIT-CO-FR-JID-Firmada-05-08-20.pdf.aspx?lang=es-CO
- Di Rosa, Paolo. “The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues”. *The University of Miami Inter-American Law Review* 36, n.º 1 (2004): 41-74.
- Dumberry, Patrick. “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”. *Journal of International Dispute Settlement* 2017, n.º 8 (2016): 155-158.
- Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/16/41.
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*. Caso CIJ, 15 de julio de 1989.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 18 de abril de 1948.
- Galway Gold Inc. C. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/18/13.
- Intereses Alemanes en Alta Silesia Polaca*. Caso CPJI, serie A, n.º 7, 25 de mayo de 1926.
- International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso UNCITRAL, laudo arbitral, 26 de enero del 2006.

- Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Michele Potesta. "Reform of ISDS: matching concerns and solutions". *EJIL TALK! Blog of the European Journal of International Law* (blog), 3 de abril del 2019. <https://www.ejiltalk.org/reform-of-isds-matching-concerns-and-solutions/>
- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c. Estados Unidos Mexicanos*. Reports of International Arbitral Awards vol. 4, 2006, 15 de octubre de 1926.
- Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*. Caso CIADI n.º ARB(AF)/98/3, laudo arbitral, 26 de junio del 2003.
- Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI n.º ARB/AF/99/1, laudo arbitral, 16 de diciembre del 2002.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. "Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del APPRI con Francia", 3 de diciembre del 2018.
- Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*. Caso PCA n.º 2012-16 (formerly AA 434), partial final award, 6 de mayo del 2016.
- Myers, Inc c. Gobierno de Canadá*. UNCITRAL, laudo parcial, 13 de noviembre del 2000.
- Naciones Unidas. "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", 2001. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
- Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*. Caso CIADI n.º ARB/05/8, laudo, 11 de septiembre del 2007.
- Permanent Court of Arbitration. PCA Case Repository. s.f. <https://www.pccases.com/web/search/>
- Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*. Caso ICJ, preliminary objections, judgment, 2016.
- Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/18/12.
- Rivas, José Antonio. "Nivel mínimo de trato, trato nacional y trato de nación más favorecida en el Tratado Bilateral de las Inversiones Colombia-Francia". Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del APPRI con Francia, Corte Constitucional, exp. LAT. 445, 11 de diciembre del 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=7646>
- "Application of Most-Favored-Nation Treatment Clause". En *Revolution in the International Rule of Law: Essays in Honor of Don Wallace, Jr.*, editado por Borzu Sabahi, Nicholas J. Birch, Ian A. Laird y José Antonio Rivas, 429-450. Nueva York: JurisNet, LLC, 2014.

- Rivas, José Antonio y María Fernanda Estrada. “Trato nacional, trato de la nación más favorecida y principio de no discriminación en el arbitraje de inversión”. En *Tratados internacionales y el arbitraje de inversión: experiencias de Colombia y del derecho comparado*, editado por Alfredo Fuentes Hernández, Fabricio Mantilla Espinosa, José Antonio Rivas Campo y Hernando Herrera Mercado, 315-335. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019.
- Ripinsky, Sergey. “Venezuela’s Withdrawal From ICSID: What it Does and Does not Achieve”. *Investment Treaty News*, 2012. <https://www.iisd.org/itn/en/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>
- Tamayo-Álvarez, Rafael. “Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty”. *American Journal of International Law* 114, n.º 3 (2020): 471-478. <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.37>.
- Telefónica S.A. c. República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/18/3.
- Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala, 9 de agosto del 2007.
- Urueña, René y María Angélica Prada-Urbe. “Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2019-05 (2019). <https://ssrn.com/abstract=3331056>
- Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (“Número 2”). Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3, laudo, 30 de abril del 2004.
- Weibel, Michael, Asha Kaushal, Kyo-Hwa (Liz) Chung y Claire Balchin. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Nueva York: Kluwer Law International, 2010.
- Zuleta, Eduardo y María Camila Rincón. “Colombia’s Constitutional Court conditions ratification of the Colombia-France BIT to the interpretation of several provisions of the treaty”. *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de julio del 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty>

¿Respuesta leve a un contexto convulsionado o un regreso a Calvo? Los retos que plantea la Sentencia C-252 del 2019*

Alejandro Linares Cantillo
Nicolás Parra González

Sin lugar a duda, la Sentencia C-252 del 2019, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Francia y Colombia (en adelante, el Acuerdo), marca un hito en la interacción entre el derecho constitucional colombiano y el derecho internacional de inversiones. Los temas discutidos en los capítulos anteriores demuestran que, sin estar exenta de críticas, esta sentencia es un claro ejemplo del diálogo armónico que puede y debe entablarse entre los distintos actores del sistema internacional —tribunales arbitrales de inversión— y los actores del ámbito doméstico —principalmente las altas cortes—, para crear una coordinación entre los distintos regímenes y buscar superar, en un contexto de fragmentación, el enfoque tradicional que concibe dicha relación simplemente como una de conflicto u oposición radical¹.

Este epílogo se concentra en ubicar la Sentencia C-252 del 2019 en un contexto particular —caracterizado por una alta tasa de litigios en contra de Colombia— y presentar sus efectos en los ámbitos internacional y local. Argumentaremos que, si bien la decisión de la Corte buscó hacer un pronunciamiento dirigido a que el derecho constitucional colombiano ganara mayor relevancia y autoridad (*take a stand*) en el régimen de inversiones, a fin de proteger los valores transformadores de la Constitución de 1991

* Para citar este texto: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.590>

¹ Varias de las críticas al sistema se encuentran fundadas en esta conceptualización de “conflicto” entre el derecho internacional de inversiones y el derecho doméstico. Al respecto, véase Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 5.^a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 573.

frente a posibles interpretaciones o aplicaciones inconstitucionales de algunas expresiones contenidas en el Acuerdo, dicho objetivo no se logró plenamente. Por el contrario, se aumentó la incertidumbre frente a una posible declaratoria de responsabilidad del Estado basada en interpretaciones amplias de los acuerdos o tratados internacionales de inversión, al tiempo que se retrocedió en el propósito de lograr una coordinación multinivel entre los tribunales internacionales de inversión y las altas cortes colombianas.

La primera parte de este epílogo describe, entonces, el agitado y copioso contexto en el cual se encontraba el país respecto de las demandas emergentes de inversión —muchas de las cuales tuvieron origen en decisiones del tribunal constitucional—, el cual provocó el cambio de postura adoptado en la Sentencia C-252 del 2019, buscando entablar un diálogo fructífero entre el derecho constitucional y el derecho internacional de las inversiones. La segunda sección hace un breve recuento histórico de la jurisprudencia constitucional que antecedió a la citada sentencia y estudia el valor de esta como precedente en las decisiones que le siguieron, donde la Corte realizó el control constitucional de nuevos tratados internacionales de carácter económico y sus respectivas leyes aprobatorias. Posteriormente, se exponen los efectos que produjo la sentencia, advirtiendo los límites de su impacto en la práctica y poniendo en duda las afirmaciones de algunos comentaristas, para quienes esta sentencia es un punto de inflexión que impondrá mayores restricciones a los tribunales arbitrales y favorecerá los intereses del Estado. Por último, en la sección final se plantearán algunos retos interpretativos de cara al futuro desarrollo del arbitraje internacional de las inversiones y su relación con el derecho constitucional.

LA RIQUEZA DEL DEBATE EN TORNO DE LA SENTENCIA C-252 DEL 2019

Como se mencionó, el proceso que se surtió ante la Corte Constitucional y que culminó con la Sentencia C-252 del 2019 estuvo inmerso en un contexto particular, compuesto por tres factores principales: (1) la notificación de las primeras demandas promovidas en contra de la República de Colombia, las cuales no solo amenazaban con afectar el poder regulatorio del Estado, sino con terminar en cuantiosas condenas que pudieran impactar de manera importante las finanzas públicas²; (2) la crisis de legitimidad

² Cabe precisar que esta incertidumbre estaba fundada en los resultados desfavorables que habían obtenidos varios países latinoamericanos, como Ecuador, Venezuela, Bolivia y

por la que atravesaba —y aún atraviesa— el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (MSCIE); y (3) los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Justicia respecto de la compatibilidad de las cláusulas de solución de conflictos en acuerdos internacionales de inversión (AIJ) con el derecho de la comunidad europea.

Notificación de las primeras demandas de inversión

Por casi dos décadas, Colombia fue un simple observador de los litigios de inversión, siendo testigo del fuerte impacto que produjeron los cuantiosos laudos proferidos en contra de sus países vecinos. En efecto, fue tan solo hasta el año 2016 que Colombia recibió la primera demanda internacional derivada de una controversia internacional de inversión en su historia reciente, por una actuación de la Contraloría General de la República³. Sin embargo, durante los cuatro años siguientes, fueron promovidas un total de dieciséis demandas por parte de inversionistas extranjeros, las cuales alegaban la configuración de un daño emanado de medidas promulgadas por distintas autoridades nacionales en ejercicio de su facultad soberana de regular asuntos de interés general⁴. En particular, llamaron la atención las nueve demandas en las que se cuestionaron decisiones proferidas por la Corte Constitucional, tanto en sede de control concreto (acción de tutela) como en sede de control abstracto de constitucionalidad⁵.

Por ejemplo, algunas empresas del sector minero-energético alegaron que, a través de la Sentencia C-035 del 2016, el Estado colombiano expropió

Argentina, en arbitrajes de inversión al comienzo del siglo xxi. El caso de Argentina reviste un particular interés por la oleada de demandas que se originaron de las medidas gubernamentales adoptadas para enfrentar la crisis económica que impactó al país entre los años 2001 y 2002. Véase Paolo di Rossa, “The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues”, *The University of Miami Inter-American Law Review* 36, n.º 1 (2004): 41-74.

³ La primera demanda contra el Estado colombiano fue promovida por la multinacional Glencore, bajo el APPRI Colombia-Suiza. *Glencore International A. G., C. I. Prodeco S.A., y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. c. Colombia*, caso ICSID n.º ARB/19/22.

⁴ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, “Controversias Defensa Jurídica Internacional”, s.f., https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias_dji.aspx; Federico Suárez Ricaurte, “Judgment C-252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of Precedent on the Control of BITS”, *Investment Treaty News*, 19 de septiembre del 2019, <https://www.iisd.org/itn/en/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>

⁵ Para un resumen de las principales controversias de inversión en donde se cuestionaron sentencias de la Corte, véase la tabla 10.1, al final del epílogo.

sus inversiones en el país e infringió su deber de otorgar un trato justo y equitativo⁶. En dicha providencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable las disposiciones del artículo 173 de la Ley 1753 del 2017, que establecían unas reglas de transición que fijaban los parámetros bajo los cuales se implementaría la prohibición de llevar a cabo actividades agropecuarias, de exploración y explotación de recursos naturales no renovables y de construcción de refinerías de hidrocarburos en áreas delimitadas como páramos. Para la Corte, la importancia de este ecosistema único en el mundo como fuente hídrica y su capacidad para prevenir el cambio climático justificaban la prohibición total de las actividades económicas mencionadas, en el contexto de la Constitución ecológica.

Otro de los casos más interesantes fue el de dos compañías del sector de telecomunicaciones que presentaron sendas demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), bajo el argumento de que la Sentencia C-555 del 2013, a pesar de tratarse de una sentencia con efectos *erga omnes*, correspondía a un acto expropiatorio. En su criterio, esta sentencia permitió que las entidades públicas solicitaran a los concesionarios privados de telefonía móvil celular revertir al Estado una serie de activos —infraestructura de redes, sistemas, estaciones base, entre otros— desarrollados durante la ejecución de sus concesiones⁷. En este fallo, la Corte declaró executable el artículo 68 de la Ley 1341 del 2009, el cual señala que la reversión en las concesiones de servicios de telecomunicaciones solo implica que devuelvan al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido, en el entendido de que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de esa norma (como era el caso de las concesiones de telefonía celular firmados con anterioridad) se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

Crisis de legitimidad del MSCIE

La emisión de laudos arbitrales internacionales que declararon la responsabilidad internacional de los Estados por adoptar medidas de buena fe y encaminadas a la protección del interés general ha generado un sentimiento

⁶ Los demandantes en estos casos fueron: *Eco Oro Minerals Corp.*, caso ICSID n.º ARB/16/41; *Galway Gold Inc.*, caso ICSID n.º ARB/18/13; y *Red Eagle Exploration Limited*, caso ICSID n.º ARB/18/12.

⁷ Las compañías son: *América Móvil S.A.B. de C.V.*, caso ICSID n.º ARB(AF)/16/5; *Telefónica S.A.*, caso ICSID n.º ARB/18/3.

de reserva frente al equilibrio que existe en el sistema entre los intereses públicos y privados⁸. Al mismo tiempo, se ha cuestionado la falta de coherencia de las decisiones arbitrales, las cuales han arribado a decisiones contradictorias por la ausencia de una metodología clara en su argumentación al evaluar las conductas de los Estados⁹. En varias oportunidades, los tribunales arbitrales internacionales no han reconocido la naturaleza pública del arbitraje de inversión bajo los AII, de manera que han omitido interpretar y aplicar sus disposiciones en una forma sistemática, tomando en cuenta la multiplicidad de intereses en tensión, sobre todo aquellos defendidos por las autoridades nacionales¹⁰. Así, se ha restringido el margen de discreción de las autoridades nacionales para regular asuntos de su competencia y determinar objetivos de política pública¹¹.

Por otra parte, un cuestionamiento que fue aludido durante el proceso de constitucionalidad de la Sentencia C-252 del 2019 fue la falta de efectividad de los tratados de inversión —en criterio de algunos— para atraer inversión extranjera directa. Varios estudios han señalado que, si bien este tipo de acuerdos internacionales crean algunos beneficios y aumentan la seguridad jurídica para realizar una inversión, estos no son concluyentes en la decisión final de los inversionistas. En realidad, son otros factores de carácter financiero o estratégico (tamaño del mercado, costos de trabajo o materia prima, incentivos, entre otros) los que brindan sustento a la determinación de invertir en un país¹².

⁸ Véase Malcolm Langford Daniel Behn y Ole Kristian Fauchald, “Backlash and State Strategies in International Investment Law”, en *The Changing Practices of International Law*, editado por Tanja Alberts y Thomas Gammeltoft-Hansen (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 70-102; Charles N. Brower y Stephen W. Schill, “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law* 9 (2009), 471, 473-477; Michael Waibel *et al.*, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Londres: Kluwer Law International, 2010).

⁹ Tsai-Fang Chen, “The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunals in Investor-State Dispute Settlement”, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 5, n.º 1 (2012): 23-43.

¹⁰ Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review* 73 (2005): 1521, 1523-1524; Anthea Roberts, “Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration”, *American Journal of International Law* 112 (2018): 410.

¹¹ Gus Van Harten, *Investment Treaty Law Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 102; Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, editado por Chester Brown y Kate Miles (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 60.

¹² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries* (Nueva York: Naciones Unidas, 2009), 11.

Decisiones comparadas: precedentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Estos cuestionamientos, fundados en la falta de armonía entre el derecho internacional de inversiones y otros subcampos del derecho internacional y del derecho interno, a su vez, gestaron dos decisiones hito por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU), las cuales antecedieron y sirvieron de referente en la sentencia colombiana¹³. En el primer fallo, proferido el 6 de marzo del 2018 en la disputa *Slovak Republic c. Achmea B. V.*, el TJEU declaró que el artículo 8.º del APPRI suscrito en 1991 por Checoslovaquia y los Países Bajos, el cual estipulaba que cualquier disputa entre un Estado contratante y un inversionista del otro Estado podía dirimirse mediante el mecanismo de arbitraje internacional de inversiones, resultaba incompatible con el derecho de la Unión Europea¹⁴. Dicha determinación se fundamentó en que la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea, por parte de un tribunal internacional de inversión, es inadmisibile al tenor de lo establecido en el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que señala que solo los órganos que forman parte del sistema jurisdiccional de la Unión Europea tienen dicha facultad. Además, tampoco se les permite a estos tribunales internacionales solicitar interpretaciones prejudiciales al TJEU, lo que supone un riesgo para la interpretación armónica del derecho de la Unión Europea¹⁵.

La segunda decisión se refiere al Dictamen 1/17, emitido el 13 de abril del 2019, en el cual el TJEU analizó la compatibilidad del Acuerdo Comercial Global suscrito entre la Unión Europea y Canadá (CETA). Allí se señaló que el MSCIE de este tratado extraeuropeo no vulnera el derecho

¹³ En su aclaración de voto, el magistrado ponente Carlos Bernal se refirió al caso *Achmea* al manifestar que, en su opinión, la Sentencia C-252 del 2019 debió haber considerado la compatibilidad de la cláusula de solución de controversias (art. 15) del Acuerdo con los principios de reciprocidad de las relaciones internacionales y equidad, por una posible imposibilidad de hacer efectivas las decisiones favorables a un inversionista colombiano que emita un potencial tribunal internacional, por resultar incompatibles con el derecho de la comunidad europea.

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Asunto C-284/16 *Achmea*, 6 de marzo del 2018.

¹⁵ Para una explicación del razonamiento y el impacto del fallo *Achmea* en los tratados suscritos por países miembros de la Unión Europea, véase Antonio Aljure Salame, “Capítulo vi. Los tratados de inversión y la Unión Europea”, en *Tratados internacionales de inversión: experiencia de Colombia y del derecho comparado*, editado por Alfredo Fuentes Hernández (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019), 215-238. Véase también el capítulo 5 de este volumen, “La relevancia del Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el control de constitucionalidad en Colombia de los acuerdos internacionales de inversión suscritos con sus Estados miembros”, de Laura Cárdenas Rodríguez *et al.*

de la Unión Europea, debido a que no concede a los tribunales arbitrales competencia para interpretar o aplicar el derecho de esta, ni de dictar laudos que impidan que las instituciones europeas actúen de conformidad con su marco constitucional¹⁶. Más aún, se resaltó que el tratado contiene una cláusula que salvaguarda la capacidad regulatoria del Estado cuando esta se ejerza para alcanzar objetivos de interés general. Finalmente, en relación con el principio de igualdad al analizar los estándares de trato nacional y no discriminación, el TJUE fue categórico al diferenciar los distintos grupos de inversionistas protegidos por el CETA. Al respecto, sostuvo que

las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la Unión se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, su situación no es comparable, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión¹⁷.

De ahí que varias de las preocupaciones del TJEU frente a la aplicación del principio de igualdad, la constitucionalidad del mecanismo de solución de controversias establecido en los AII, la protección del interés general y la salvaguarda del poder regulatorio del Estado bajo derecho interno se manifestaron en el proceso de control de constitucionalidad del Acuerdo y fueron las que guiaron, en gran medida, la argumentación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 del 2019^[18].

Así, en este contexto convulsionado, la Corte debía estudiar los distintos escenarios posibles en cuanto a la decisión frente al Acuerdo. En primer lugar, podía declarar la constitucionalidad simple del Acuerdo, para asegurar su vinculación a la comunidad internacional, pero ignorando las críticas mencionadas al sistema y los riesgos frente a una futura demanda. Por el contrario, podía declarar la inconstitucionalidad del tratado o de algunas

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&ctext=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=18323640>

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Para unos autores, la salvaguarda del principio de igualdad entre los inversionistas nacionales y extranjeros, tal como es entendido en la mayoría de las democracias liberales, es uno de los desafíos estructurales más relevantes que enfrenta el MSCIE. En particular, este reto se refleja en la dificultad de justificar un trato especial a los inversionistas extranjeros a la luz de la Constitución, la cual prohíbe cualquier tipo de discriminación, incluida aquella con base en la nacionalidad. Al respecto, véase Victor Ferreres Comella, *The Constitution of Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 123-142.

de sus disposiciones, con el fin de blindarse completamente de una posible condena a nivel internacional, pero poniendo en riesgo la imagen, el clima de inversión y la confiabilidad del país frente a inversionistas extranjeros. Por último, tenía la oportunidad de buscar entablar un diálogo institucional con árbitros futuros, a través de una decisión condicionada que diera mayor seguridad a los intereses locales, pero sin quebrantar las bases del sistema internacional¹⁹.

HISTORIA DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS AII SUSCRITOS POR COLOMBIA

Autorrestricción y flexibilidad: ¿desconocimiento de los riesgos o primacía de la deferencia a las otras ramas del poder político?

Colombia fue un jugador que ingresó de manera tardía a participar en el régimen del derecho internacional de inversiones²⁰, pues fue solo con base en el marco creado por la Constitución de 1991 que el país comenzó a perseguir una política de apertura económica y participación en las dinámicas de comercio e inversión internacional, que incluyó la suscripción de AII²¹.

A partir de ese momento, la Corte Constitucional adquirió un papel central en esta materia, dado que la Constitución le atribuyó la facultad de realizar un control para “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”²². En desarrollo de esa tarea, la Corte ha señalado que dicho control es automático²³ e

¹⁹ Sobre estos escenarios, véase el capítulo 1 de este volumen, “El poder de las cortes constitucionales en el derecho internacional de inversión: tres escenarios conceptuales”, de José Gustavo Prieto.

²⁰ Tomando en consideración que el primer tratado bilateral de promoción y protección de inversión se remonta a 1963, y fue suscrito entre Alemania y Pakistán. Además, en comparación con otros países vecinos, Colombia se demoró aproximadamente una década en entrar a este sistema.

²¹ Para un recuento detallado de la historia de Colombia en el ámbito del derecho internacional de inversiones, véase Alejandro Linares Cantillo, *El derecho aplicable al arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

²² Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241(10).

²³ El control es *automático*, dado que el tratado y su ley aprobatoria deben ser enviados a la Corte Constitucional por el presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental correspondiente. Véase C. Const., Sent. C-924 del 2000; C. Const., Sent. C-576 del 2006.

integral²⁴, y tiene fuerza de cosa juzgada absoluta y habilitante, dado que es una condición *sine qua non* para la ratificación del tratado²⁵. Además, ha indicado que cumple una función *preventiva*, en tanto que su finalidad “es garantizar la supremacía de la Constitución Política y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano”²⁶. Por último, ha enfatizado en la naturaleza estrictamente legal y abstracta del estudio de constitucionalidad, que debe ser ajena de toda consideración relacionada con evaluar la conveniencia o el beneficio del tratado.

La primera sentencia de la Corte en esta materia fue la C-178 de 1995, por medio de la cual se aprobó el tratado de libre comercio G3, celebrado entre Colombia, Venezuela y México. Si bien, en términos generales, el análisis sobre el capítulo de inversión se limitó a una descripción sucinta del MSCIE, la Corte se refirió por primera vez a una hipótesis en la cual una disposición del tratado internacional puede estar en conflicto con la Constitución. En particular, al referirse a la cláusula de no expropiación contenida en el tratado, la Corte observó una incompatibilidad con el artículo 58 de la carta —vigente para la época—, que permitía al Estado, de forma excepcional, expropiar sin compensación por razones de equidad. Al respecto, la Corte sostuvo:

Colombia se aparta de lo dispuesto en la cláusula que limita las competencias de los Estados en estas materias, y afirma sus competencias constitucionales y legales en materia de expropiación, inclusive sin indemnización y por vía administrativa [...]. Ahora bien, en cuanto a la prohibición de establecer medidas más restrictivas en materia de nacionalización, expropiación y compensación [...] debe entenderse en el sentido de que su transgresión compromete la responsabilidad del Estado colombiano en relación con la parte o las partes afectadas y no, desde luego, en el de condicionar la validez de eventuales reformas constitucionales a la armonía con el tratado vigente²⁷.

Así, parecería sugerirse que, en caso de llevarse a cabo una expropiación sin indemnización, se comprometería la responsabilidad internacional de Colombia, sin necesidad de reformar el artículo 58 superior.

²⁴ Se ha afirmado que el control es integral, puesto que el análisis de constitucionalidad abarca tanto los aspectos *formales* como los *materiales* de la ley y del tratado. Véase C. Const., Sent. C-576 del 2006.

²⁵ Véase, entre otros, C. Const., Sent. C-576 del 2006; C. Const., Sent. C-184 del 2016.

²⁶ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

²⁷ C. Const., Sent. C-358 de 1996.

A pesar de esta advertencia, en la Sentencia C-203 de 1995, proferida solo un mes más tarde, en la cual se declaró la constitucionalidad del tratado que creó el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, por sus siglas en inglés), la Corte modificó su apreciación sobre la posible incompatibilidad de este tipo de tratados con el artículo 58 de la Constitución y, en cambio, le dio prioridad a la integración económica del Estado —basada en los principios de reciprocidad, equidad e interés nacional—, incluso para autorizar la transferencia de ciertos poderes soberanos a un órgano internacional.

Sin embargo, la Corte sí analizó dicho conflicto normativo en la importante Sentencia C-358 de 1996, en la cual revisó la constitucionalidad del APPRI suscrito entre Colombia y el Reino Unido. En efecto, en esta oportunidad la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6.º de dicho tratado, luego de encontrar que este era abiertamente contrario al artículo 58 de la Constitución. Así, puso de presente la problemática que presentaba esta norma para la suscripción de este tipo de acuerdos internacionales, en especial por ser contraria a la fórmula Hull²⁸ y al estándar mínimo de trato vinculante para el Estado bajo el derecho internacional consuetudinario. Cabe precisar que este tratado nunca entró en vigor. No obstante, dio paso a la aprobación del Acto Legislativo 1.º de 1999, mediante el cual se reformó el artículo 58, para prohibir la expropiación sin indemnización en cualquier escenario. Fue a partir de allí, tras superar una década perdida²⁹, que Colombia entró de manera decisiva en la tendencia de suscribir numerosos acuerdos internacionales de inversión con países exportadores de capital.

En suma, excluyendo el citado precedente, se puede afirmar que en lo que atañe a la revisión de AIJ, la Corte Constitucional ha aplicado un estándar flexible, el cual le ha permitido mantener una jurisprudencia fundada en la autorrestricción (*self-restraint*), a efectos de profesar deferencia con las competencias de las ramas Ejecutiva y Legislativa, en especial las facultades del presidente de dirigir las relaciones internacionales y del Congreso de la República de aprobar los tratados firmados por el Gobierno nacional³⁰.

²⁸ La fórmula Hull fue planteada por el secretario de Estado Cornell Hull, en su repuesta al Gobierno mexicano por las expropiaciones de 1917. En sus palabras, una compensación “pronta, adecuada y efectiva” significa que al inversionista se le debe reconocer una suma de dinero equivalente al valor total de su inversión. Cornell Hull, “Letter from the Secretary of State Cornell Hull to the Mexican Ambassador Castillo Nájera (Jul. 21, 1938)”, en *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1938, The American Republics*, editado por Matilda F. Axton *et al.* (Washington: us Government Printing Office, 1955): 685, 685-696.

²⁹ Linares Cantillo, *El derecho aplicable al arbitraje de inversión*, 205.

³⁰ Para una crítica a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en aplicación del estándar flexible al revisar AIJ, véase Daniel Rivas-Ramírez, “El derecho internacional de

EXPANSIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL:
¿REACCIÓN AISLADA O ACTO SISTEMÁTICO DE PREVENCIÓN?
SENTENCIA C-252 DEL 2019

Como se mencionó, el paradigmático proceso de control constitucional del Acuerdo estuvo marcado por varias particularidades, comenzando por una importante audiencia pública convocada por la Corte para escuchar a varios expertos en la materia sobre el contenido del tratado.

Al analizar el Acuerdo, la Corte aplicó un estándar de control más estricto que incluyó la aplicación de un juicio de razonabilidad, con el fin de analizar el Acuerdo como un todo, así como cada una de sus disposiciones. En primer lugar, se concluyó que las finalidades del tratado son compatibles con la Constitución, en particular con los principios constitucionales de reciprocidad, interés nacional e internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales del Estado, pero requería de ciertas condiciones para asegurar la supremacía de la Constitución. De igual manera, señaló que el Acuerdo puede alcanzar dichos objetivos con base en los datos y la justificación del Gobierno sobre la importancia de Francia como un aliado comercial.

No obstante, al estudiar la compatibilidad del Acuerdo con el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, consagrado en los artículos 13 y 100 de la Constitución, la Corte encontró que no había disposición alguna que otorgara una protección sustantiva a los primeros, lo que podía desembocar en una vulneración del deber constitucional de otorgar un trato igualitario entre estos dos grupos. Con fundamento en esa observación, concluyó que el Acuerdo, como un todo, era constitucional bajo la condición de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos diera lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.

Luego, la Corte entró a analizar la constitucionalidad de las disposiciones individuales del Acuerdo y encontró posibles interpretaciones inconstitucionales de ciertos términos. Por ello, para salvaguardar la seguridad jurídica, la Corte condicionó la constitucionalidad de algunas de las cláusulas y advirtió al presidente que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales decide ratificar este

las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, editado por Juana Inés Acosta López *et al.* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017): 627-680.

tratado, deberá adelantar todas las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de Francia. Dicha orden, que fue el remedio práctico para asegurar la ratificación del Acuerdo, encuentra sustento en el artículo 31(3)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por ejemplo, respecto al artículo 4.º del Acuerdo, la Corte buscó aclarar el contenido general e indeterminado del estándar de trato justo y equitativo. Por ende, ordenó que a través de una declaración interpretativa conjunta se dotara de contenido claro y restrictivo las expresiones “*inter alia*”, “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” y “expectativas”, para que su interpretación fuera compatible con el principio de seguridad jurídica³¹.

Problemas del nuevo precedente y regreso a la flexibilidad

La Sentencia C-252 del 2019, entonces, estableció un nuevo estándar de control de constitucionalidad mucho más estricto de los tratados de naturaleza económica, haciendo un análisis más profundo de las obligaciones allí pactadas; sin embargo, a pesar de que la decisión contaba con una investigación seria y estaba bien argumentada, ha sido objeto de profundas críticas relacionadas tanto con el método seguido en la decisión para arribar a sus conclusiones como con sus efectos³².

De hecho, el magistrado Linares presentó una aclaración y salvamento parcial de voto en la que formuló sus reparos frente a la decisión mayoritaria de la Sala Plena. Así, manifestó que, aunque compartía la decisión de declarar exequible el Acuerdo, se apartaba de varios de los argumentos presentados y de las órdenes impuestas a las partes en la parte resolutive del

³¹ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

³² Véase Carolina Olate-Bacares *et al.*, “Are Interpretative Declarations Appropriate Instruments to Avoid Uncertainty?”, *Investment Treaty News*, 19 de diciembre del 2020, <https://www.iisd.org/itn/en/2020/12/19/are-interpretative-declarations-appropriate-instruments-to-avoid-uncertainty-the-cases-of-the-colombia-france-bit-and-the-colombia-israel-fta-carolina-olate-bacares-enrique-prieto-rios-juan-ponton-se/>; Eduardo Zuleta y María Camila Rincón, “Colombia’s Constitutional Court Conditions Ratification of the Colombia-France BIT to the Interpretation of Several Provisions of the Treaty”, *Wolters Kluwer: Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de julio del 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty/>; y el capítulo 8 de este volumen, “El divorcio entre las fuentes de derecho internacional y la Corte Constitucional: una crítica a la Sentencia C-252 del 2019”, de Rafael Rincón Ordoñez.

fallo. En términos generales, manifestó que, en su opinión, al expandir la naturaleza del control de constitucionalidad, la Corte excedió sus facultades constitucionales y se inmiscuyó en las facultades del Ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales. Más aún, señaló que, si bien el control efectuado por la Corte tenía un carácter preventivo, esta no debía actuar como niñera del Gobierno en la negociación de tratados internacionales y, menos aún, imponer su interpretación de varias disposiciones del tratado sobre la voluntad de dos Estados soberanos³³.

Por otro lado, observó que la Corte no interpretó las expresiones del texto del tratado a la luz de las fuentes de derecho internacional consagradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En particular, no hizo referencia a las normas consuetudinarias de interpretación de tratados codificadas en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁴; por el contrario, para establecer un parámetro de interpretación, la Corte acudió a lo establecido en laudos arbitrales en sede de arbitraje de inversión y en doctrina. Esta aproximación resulta inadecuada, puesto que estas son simplemente fuentes subsidiarias para determinar las reglas de derecho³⁵. Además, la referencia generalizada a laudos internacionales de inversión es problemática, pues el sistema no contempla una regla de *stare decisis* que vincule a los tribunales arbitrales a seguir laudos pasados³⁶. De hecho, la inexistencia de esta regla es una consecuencia directa de la misma estructura de un sistema construido sobre miles de AII, celebrados entre distintas partes y con textos diferentes³⁷. Incluso se

³³ C. Const., Sent. C-252 del 2019, aclaración y salvamento parcial de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo.

³⁴ En especial, las reglas de interpretar el texto del tratado de forma sistemática y a la luz del objeto y propósito de este.

³⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, artículo 38(1)(d).

³⁶ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/08/5. Cabe advertir que resulta llamativa la referencia a una “jurisprudencia internacional sobre inversiones” en un reciente laudo arbitral proferido el 12 de marzo del 2021 en el caso *Naturgy Energy Group, S.A. & Naturgy Electricidad Colombia S.L. c. Colombia*, caso ICSID n.º UNCT/18/1.

³⁷ En artículos anteriores, el autor ha reconocido que la práctica arbitral ha demostrado que los laudos anteriores sirven como herramienta decisiva para que los tribunales arbitrales determinen el contenido de las reglas de derecho internacional y fundamenten sus decisiones. Alejandro Linares Cantillo, “Las normas de derecho nacional e internacional aplicables por los tribunales arbitrales de inversión”, en *Tratados internacionales de inversión: experiencia de Colombia y del derecho comparado*, editado por Alfredo Fuentes Hernández (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019), 513-535. Sobre la discusión alrededor del valor del precedente, véase Jan Paulsson, “The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration”, en *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 81-100.

señaló que varios de los laudos citados en la sentencia eran laudos anulados o desactualizados, los cuales no reflejan el desarrollo reciente que ha tenido esta área del derecho internacional. Por último, se indicó que la Corte no se pronunció sobre el MSCIE, perdiendo así una oportunidad única de fortalecer este régimen frente a las críticas que recibe a nivel internacional³⁸.

Ahora bien, a pesar de esta nueva postura, la Corte no ha seguido este precedente en los casos más recientes en los que se ha realizado un control de constitucionalidad a tratados internacionales de naturaleza económica. Por el contrario, la mayoría de la Corte ha optado por realizar un control más flexible y formal de los tratados, siguiendo su estándar tradicional y declarando su constitucionalidad simple de manera categórica³⁹. Así, parece haber un regreso al estándar flexible de revisión utilizado anteriormente, dejando el precedente creado por la Sentencia C-252 del 2019 como un caso aislado o atípico (*outlier*) en la línea jurisprudencial sobre la materia.

Pocos efectos prácticos de la decisión

Como se explicó, la Sentencia C-252 del 2019 no fue la primera en pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una cláusula de un AII. Sin embargo, avanzó en la línea de esos otros precedentes, con miras a cumplir un papel preventivo que aclarara y delimitara el alcance de los estándares abstractos e indeterminados, y así limitar la discreción de los árbitros internacionales al interpretar el Acuerdo en el futuro.

Aun cuando este fallo será un referente que servirá de ayuda para el Ejecutivo en negociaciones futuras de AII, su impacto no alcanzó una mayor trascendencia para que pudiera considerarse realmente un punto de inflexión en la protección de los intereses del Estado colombiano en el régimen del arbitraje internacional de inversión. De hecho, puede concluirse que la sentencia no fue eficiente en reducir la incertidumbre respecto de una posible responsabilidad del Estado colombiano bajo el Acuerdo ni bajo otros AII.

³⁸ En su intervención durante la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional, el profesor René Uruña solicitó condicionar el artículo 15 del Acuerdo, contenido de este método de solución de conflictos.

³⁹ Con excepción de la Sentencia C-254 del 2019, que evaluó el tratado de libre comercio celebrado entre Colombia e Israel. Véanse, por ejemplo, C. Const., Sent. C-492 del 2019, que estudio la adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD); C. Const., Sent. C-098/2020, que realizó el control de constitucionalidad del Acuerdo entre la República de Colombia y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades Otorgados a la Organización, suscrito en Punta Mita, México, el 20 de junio del 2014.

En relación con lo primero, la Sentencia C-252 del 2019, en vez de aclarar la normatividad aplicable en caso de un potencial conflicto bajo el Acuerdo, mantuvo la textura abierta de los estándares al crear un compendio de reglas aplicables que aumentan la discreción de los árbitros internacionales a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones⁴⁰. Hoy, se podría afirmar que el derecho aplicable en una controversia surgida bajo este Acuerdo está compuesto por una multiplicidad de fuentes, incluido el tratado mismo, el derecho internacional consuetudinario, la sentencia de la Corte y el derecho colombiano, así como la nota interpretativa conjunta.

Incluso, fue paradójico el efecto relacionado con la cláusula de “nación más favorecida”, la cual fue objeto de un condicionamiento con el fin de preservar la competencia del presidente de dirigir las relaciones internacionales⁴¹. La decisión de la Corte, que no hizo referencia a consideraciones económicas de competencia e incentivos, terminó restringiendo dichas facultades, socavando la decisión del Ejecutivo de permitir a los inversionistas franceses importar las obligaciones sustantivas más favorables contenidas en otros tratados⁴².

Por otro lado, las consecuencias de la sentencia sobre otros AII de los que Colombia forma parte también fueron muy reducidas, casi nulas. Si bien es claro que el control de constitucionalidad se efectuó únicamente respecto del APPRI Colombia-Francia, las consideraciones de la Corte y sus preocupaciones sobre potenciales interpretaciones inconstitucionales de los

⁴⁰ Por ejemplo, la interpretación de algunas expresiones, como “expectativas legítimas”, plasmada en la declaración conjunta, no es clara; por el contrario, hace referencia a términos indeterminados como “expectativas razonables”. Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020, http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF.

⁴¹ Para la Corte, la cláusula de “nación más favorecida”: “genera un efecto cascada de obligaciones a cargo del Estado frente a un inversionista” que compromete la competencia del presidente en negociaciones futuras. C. Const., Sent. C-252 del 2019. Al respecto, véase el capítulo 9 de este volumen, “¿Las exigencias interpretativas de la Corte Constitucional sobre trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida tienen sentido en el derecho internacional de las inversiones?”, Juan Antonio Rivas *et al.*

⁴² Aunque en la aclaración y el salvamento parcial de voto presentado en contra de la Sentencia C-252 del 2019 el autor señaló que, a pesar del esfuerzo de la Corte de limitar la interpretación de términos como “trato”, un inversionista francés podría seguir basándose en la cláusula de “nación más favorecida” para reclamar condiciones más favorables, en la declaración interpretativa conjunta parece que se evitó dicha posibilidad. Allí, se acordó finalmente que las obligaciones sustantivas previstas en otros AII “no constituyen en sí mismas un “trato” en relación con el principio de “nación más favorecida”, “por lo que no podrán dar lugar al incumplimiento de dicho artículo”. C. Const., Sent. C-252 del 2019.

estándares se extiende a otros AII con una redacción similar; sin embargo, estos tratados continúan estando vigentes sin ninguna declaración interpretativa que especifique o aclare el significado de sus cláusulas, incluso teniendo en cuenta que la mayoría de AII suscritos por Colombia son acuerdos de primera generación, firmados al comienzo de la década del 2000, los cuales contienen una redacción amplia de los estándares de protección y, por ende, son susceptibles a una interpretación y aplicación que omita considerar derechos y obligaciones fundamentales para el interés del Estado⁴³.

De hecho, ya se emitieron los primeros laudos arbitrales en los casos promovidos contra Colombia —algunos favorables y otros desfavorables— y la sentencia de la Corte tampoco fue relevante en la argumentación de los árbitros. Para ilustrar, en los casos de Electricaribe (bajo el tratado bilateral con España) y América Móvil (bajo el tratado de libre comercio [TLC] con México), ninguno de los estándares alegados bajo los tratados en cuestión había sido objeto de una interpretación conjunta. Aun así, los tribunales fueron deferentes con las autoridades colombianas y, luego de interpretar los AII a la luz de las fuentes de derecho internacional, no encontraron violación alguna.

RETOS INTERPRETATIVOS DE CARA AL FUTURO: ¿UN REGRESO A CALVO?

Los razonamientos de la Sentencia C-252 del 2019 pueden entenderse mejor al conocer que el proceso judicial se ubicó en un contexto de alto cuestionamiento al régimen de arbitraje de inversión y de un sentimiento de incertidumbre entre las autoridades nacionales, motivado por las demandas que se notificaron al Estado. Por ello, la sentencia buscó resistir el impacto del régimen internacional de inversiones mediante la declaración de exequibilidad condicionada del Acuerdo.

Empero, como se señaló, los efectos prácticos de la decisión judicial no fueron los esperados, a raíz de una aplicación cuestionable del derecho internacional público. Sin perjuicio de este reducido impacto, la sentencia si

⁴³ Alejandro Linares Cantillo, *El derecho aplicable al arbitraje de inversión*. Sin embargo, el Gobierno colombiano está renegociando varios tratados de primera generación. Así lo aseguró Nicolás Palau Van Hissenhoven, director de inversión extranjera del Ministerio de Comercio Industria y Turismo en su intervención sobre el APPRI Colombia-Francia durante la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional. Véase C. Const., Sent. C-252 del 2019.

generó una serie de interrogantes y retos interpretativos de cara al futuro, los cuales son esenciales para el desarrollo del derecho internacional de las inversiones y, a pesar del objetivo de la sentencia, serán resueltos —probablemente— a nivel internacional.

La sentencia es otra señal de un movimiento global, que parece promover el retorno paulatino a —o mejor, un resurgimiento de— los axiomas de la denominada doctrina Calvo⁴⁴, sustentada en los principios de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros⁴⁵. Esta tendencia se refleja en un interés de proteger los intereses nacionales a través de la aplicación preferente del derecho doméstico en las controversias internacionales de inversión, así como del establecimiento de la obligación de agotar los recursos internos disponibles, acudiendo ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo antes de someter el conflicto a un tribunal arbitral internacional. En otras palabras, este movimiento busca fortalecer el papel de las cortes domésticas, de manera que los únicos casos que terminen siendo elevados al ámbito internacional sean aquellos que involucren una reclamación por denegación de justicia⁴⁶.

Ley aplicable: ¿derecho nacional o internacional?

A partir del control de constitucionalidad efectuado en la Sentencia C-252 del 2019, surgió un interrogante desde el punto de vista de los tribunales internacionales relacionado con el derecho —nacional o internacional— que

⁴⁴ Santiago Montt afirma que el régimen de arbitraje de inversiones es el escenario moderno para aplicar las enseñanzas de la doctrina Calvo; claro está, adaptadas a las nuevas dinámicas, que no se limitan únicamente al postulado de “trato nacional”. Santiago Montt, “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other: Updating the Bello/Calvo Doctrine in the 21st Generation”, *Res Publica Argentina* 75 (2007). Véase también Wenhua Shan, “Calvo Doctrine, State Sovereignty and International Investment Law”, en *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, editado por Whenua Shan *et al.* (Oregon: Hart Publishing, Bloomsbury, 2008).

⁴⁵ Omar García-Bolivar, *Sovereignty v. Investment Protection: Back to Calvo?* (Dallas: Law Institute of the Americas, Southern Methodist University, 2010).

⁴⁶ De hecho, varios tratados a nivel internacional están adoptando la postura de restringir los potenciales reclamos a situaciones de denegación de justicia. Este cambio no solo busca fortalecer el procedimiento del MSCIE, restaurando la regla del agotamiento previo de recursos internos; también pretende resolver algunos cuestionamientos frente a asuntos sustanciales, en particular reemplazar o, al menos, limitar el contenido de estándares indeterminados como el de trato justo y equitativo. En efecto, la denegación de justicia es una institución antigua que, incluso, ya permitió llegar a un consenso entre los países exportadores e importadores de capital en relación con la definición del estándar mínimo de trato. Al respecto, véase Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 606-614.

debe aplicarse para lograr una armonización de los intereses en cuestión: por un lado, la protección de los inversionistas extranjeros y sus inversiones bajo el derecho internacional y, por el otro, una protección de los valores esenciales del Estado, a través de la integración de otros sistemas normativos, como el derecho interno, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional ambiental.

Actualmente, a pesar de la redacción del artículo 42 del Convenio del CIADI⁴⁷ derivada de la fórmula de consenso ideada por su redactor, Aron Broches —y seguida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-442 de 1996—, que sostenía que los tribunales arbitrales deben, en primer lugar, aplicar el derecho nacional, lo cierto es que en la actualidad los árbitros gozan de discreción al momento de determinar el derecho sustancial aplicable al fondo de la controversia⁴⁸. En la práctica, al resolver conflictos emanados de un AII, el derecho internacional ha tenido un papel fundamental a la hora de definir el contenido de los estándares aplicables, interpretar el tratado y determinar la responsabilidad del Estado parte⁴⁹.

Así, consideramos que una solución a este interrogante, que a su vez permita el fortalecimiento de un diálogo interjudicial entre las cortes nacionales y los tribunales arbitrales internacionales, puede ser la aplicación del derecho nacional en un primer momento por parte de estos últimos. Una referencia detenida al derecho público/constitucional del Estado receptor de la inversión, por medio de una aproximación comparada, es esencial para alcanzar un equilibrio real⁵⁰. Esto permitirá la integración de los intereses del Estado de forma directa, al igual que dar un paso hacia la desfragmentación del derecho internacional de las inversiones.

⁴⁷ El artículo 42(1) del Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados establece: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

⁴⁸ Aron Broches, “The Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure”, en *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, editado por P. Sanders (La Haya: Martinus Nijhoff, 1967), 12-22.

⁴⁹ Linares Cantillo, “Las normas de derecho nacional e internacional”.

⁵⁰ Caroline Henkels, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulation Autonomy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

Aplicación de las fuentes del derecho internacional por parte de las cortes nacionales

Ahora bien, desde el punto de vista de los tribunales locales, se reconoce el papel fundamental que desempeñan las altas cortes nacionales para lograr el tan anhelado balance entre el derecho internacional de inversiones y el derecho nacional. En particular, tal y como se pretendió hacer en la Sentencia C-252 del 2019, el control abstracto y previo de constitucionalidad es el momento más apropiado para que una corte constitucional intervenga en el derecho internacional de inversiones, con el fin de prevenir una posible vulneración de los valores fundamentales protegidos bajo el derecho nacional⁵¹.

Las cortes constitucionales están mejor ubicadas que un tribunal internacional para evaluar las medidas del Estado, dado que son más cercanas al contexto local y tienen más experiencia aplicando las normas del derecho local⁵². Sin perjuicio de esa mayor legitimidad para conocer de posibles violaciones a un AII, es esencial que las cortes nacionales entiendan que su papel no se desempeña de forma aislada, sino que es una forma de “estar en el mundo”⁵³, como quiera que sus efectos trascienden las fronteras del país. Sus pronunciamientos deben atender a las dinámicas de internacionalización y evitar que se conviertan en elementos disuasivos para el comercio y la inversión extranjera.

Lo paradójico de la Sentencia C-252 del 2019 fue que, aun cuando en cierto sentido el fallo está motivado por las críticas generalizadas al régimen de inversiones y estaba encaminado a disminuir la incertidumbre de este sistema, la Corte incurrió en el mismo error de algunos de los tribunales de inversión que dieron origen a la crisis de legitimidad del sistema: no interpretó el tratado a la luz de las fuentes del derecho internacional público. Por este motivo, las cortes nacionales deben aplicar de manera estricta las fuentes de derecho internacional público al momento de interpretar y

⁵¹ Las cortes constitucionales tienen cuatro momentos de intervención en el régimen de arbitraje de inversión: (1) el control de abstracto y previo de los tratados de inversión; (2) la jurisdicción concurrente en disputas de inversión; (3) el control de implementación de los laudos de inversión; y (4) el control judicial (constitucional o administrativo) de las normas que implementan el laudo. Para un análisis integral de estos espacios de intervención, véase Juan Camilo Fandiño-Bravo, “LL.M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 667-745.

⁵² Laura Bisiani, Bahakal Yimer, Nicolás Cisneros y Rahul Donde, “Application of International Investment Agreements by Domestic Courts”, *Trade Law Clinic* (2011): 16.

⁵³ C. Const., Sent. C-358 de 1996, salvamento parcial de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Antonio Barrera Carbonell.

aplicar los tratados internacionales de inversión, así como al resolver localmente controversias internacionales de inversión. Esta es la única forma de que sus decisiones sean persuasivas para un tribunal internacional y, de esta forma, relevantes para el derecho internacional de inversión. A su turno, esto permitirá fortalecer la coordinación y el diálogo multinivel entre estas instituciones⁵⁴.

Hacia un test estricto del MSCIE y deferencia de los tribunales de inversión frente a las decisiones de la Corte Constitucional

Entre las discusiones multilaterales que se están sosteniendo para asegurar el equilibrio en el derecho internacional de inversiones y su armonía con el derecho nacional, ha ganado tracción la propuesta de introducir algunas reformas al MSCIE a través, por ejemplo, de la creación de un tribunal de apelaciones que unifique los criterios interpretativos de la multiplicidad de tribunales arbitrales.

En sintonía con dichas discusiones a nivel multilateral, en el ámbito nacional también se han propuesto distintas vías para asegurar la salvaguarda de los valores fundamentales del Estado y el cumplimiento de obligaciones internacionales bajo otros regímenes de derecho internacional público. Autores como el profesor René Urueña han propuesto en distintos escenarios⁵⁵ elevar el estándar de control constitucional a las cláusulas de solución de controversias, para que este sea consecuente con una visión pública del arbitraje de inversión, según la cual dicho régimen tiene una función cuasi-constitucional o de gobernanza global⁵⁶.

⁵⁴ Al respecto, véase Alejandro Linares Cantillo, “The Intervention of Constitutional Courts in International Investment Law: The Case of Colombia”, *Cornell International Law Journal* 54 (2021): 47-96.

⁵⁵ Véase el capítulo 3 de este volumen, “Hacia un estándar estricto de control de constitucionalidad del arbitraje de inversión”, de René Urueña y María Angélica Prada. Véase también el resumen de la intervención del profesor René Urueña en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional para discutir la constitucionalidad del TBI Francia-Colombia, en C. Const. Sent. C-252 del 2019.

⁵⁶ Gus van Harten y Martin Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law* 17 (2006): 121; Burke White y Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Yale Journal of International Law* 35, n.º 283 (2010), <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol35/iss2/2>: 289

Por medio de un estándar estricto se podrá garantizar, por ejemplo, la compatibilidad del régimen de arbitraje de inversión con las obligaciones de derechos humanos de Colombia, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁷. Sumado a lo anterior, permitirá evaluar la compatibilidad del MSCIE con el principio democrático y fortalecer la transparencia y la participación ciudadana en los arbitrajes de inversión. Por último, podrá determinarse el estándar de deferencia o nivel de escrutinio que los tribunales arbitrales deben darle a las autoridades nacionales (*standard of review*)⁵⁸.

Esta propuesta para superar el reto de armonización entre estos regímenes ha ganado importancia a raíz de la reciente emisión del laudo arbitral en el caso *Eco Oro*⁵⁹, en el que se encontró a Colombia responsable por haber violado el deber de otorgar un trato justo y equitativo al demandante⁶⁰. Los críticos sostienen que la decisión fue arbitraria e injusta, debido a que el tribunal no tuvo en cuenta la complejidad socioambiental del asunto, ni el interés legítimo del Estado de proteger un ecosistema fundamental para sus ciudadanos y para el medio ambiente. Se trata de otro caso más en que el nivel de escrutinio aplicado por el tribunal internacional fue alto, lo que mostró poca deferencia a la actuación de las autoridades locales⁶¹.

De igual manera se censura la decisión del mismo tribunal arbitral en febrero del 2019 de rechazar la solicitud de intervención (*amicus curiae*) y negarles acceso documental a cinco organizaciones no gubernamentales (ONG) dedicadas a la protección del medio ambiente y de los derechos humanos en situaciones de conflicto⁶². El tribunal sostuvo que los solicitantes no demostraron cómo su intervención se relacionaba con la disputa, a pesar de

⁵⁷ Aunque no existe una jerarquía formal entre estos dos regímenes, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos humanos deberían siempre prevalecer sobre las obligaciones de derecho internacional económico. *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio del 2005, párr. 147; y *Comunidad Indígena Sawboyamaxa c. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, 29 de marzo del 2006, párr. 140.

⁵⁸ Para una discusión sobre el estándar de revisión aplicable en arbitraje de inversión, véase Henkels, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration*, 29.

⁵⁹ Para un resumen del caso, véase la primera sección de este capítulo.

⁶⁰ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, caso ICSID n.º ARB/16/41.

⁶¹ “El laudo de Eco Oro aviva las críticas al arbitraje de inversión en Colombia”, *CIAR Global*, 5 de noviembre del 2021, <https://ciarglobal.com/el-laudo-de-eco-oro-aviva-las-criticas-al-arbitraje-de-inversion-en-colombia/>.

⁶² En concreto, las ONG eran las siguientes: Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, Center for International Environmental Law (CIEL), Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), MiningWatch Canada, Institute for Policy Studies (IPS) y Global Economy Project and the Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO).

haber reconocido que la solicitud estaba basada en un conocimiento importante sobre el páramo de Santurbán y sobre los problemas sociales y ambientales relacionados⁶³. Una vez más, esta decisión refleja la dificultad que existe en la práctica arbitral de lograr espacios de participación ciudadana en el marco de un mecanismo descentralizado de poder público, por lo cual una orden de la Corte Constitucional en sede de revisión constitucional puede ser la vía para suplir ese déficit democrático⁶⁴.

Necesidad de aclarar la aplicación del principio de igualdad en el control de los AII

En el futuro, es fundamental que se precise la aplicación metodológica del derecho a la igualdad, a fin de dilucidar en qué escenarios se está realmente frente a un trato discriminatorio contrario a la Constitución Política. La Sentencia C-252 del 2019 fue un intento de incorporar este principio de forma transversal a la evaluación de constitucionalidad, para proteger a los inversionistas nacionales con actividades en el país. Sin embargo, como lo afirma Laura Amoroch, la Corte incurrió en una serie de errores al dividir la aplicación de dicho principio en dos frentes: al evaluar las disposiciones sustantivas del Acuerdo, por un lado, y al analizar el MSCIE, por el otro. Lo anterior, debido a que, en el primer frente, consideró que los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales en Colombia son grupos comparables que deben ser sujetos de un trato igualitario; con base en esa fundamentación, se emitió el primer punto resolutivo encaminado a asegurar que ninguno de los derechos materiales dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales⁶⁵.

No obstante, al momento de evaluar el MSCIE, la Corte no consideró que este comprometiera el principio de igualdad, comoquiera que la comparación se realiza entre los inversionistas extranjeros en ambos Estados contratantes. De suerte que la comparación en ambos frentes resulta contradictoria, pero deja abierta la posibilidad de que la primera visión se traslade al análisis de los MSCIE. De ocurrir lo anterior, se cercenaría la posibilidad de los inversionistas de acudir a arbitraje internacional y protección

⁶³ Paul Harris, "Arbitration court rejects NGOs in Eco Oro case", *Mining Journal*, 22 de febrero del 2019, <https://www.mining-journal.com/gold-and-silver-news/news/1357181/arbitration-court-rejects-ngos-in-eco-oro-case>

⁶⁴ No obstante, cabe advertir que, en el próximo AII revisado por la Corte Constitucional, la cláusula de resolución de controversias puede llegar a declarar inexecutable por la transferencia en bloque del poder judicial a tribunales internacionales.

⁶⁵ C. Const., Sent. C-252 del 2019.

diplomática, dando primacía al deber de agotar los recursos internos al tenor de lo profesado por la doctrina Calvo⁶⁶.

CONCLUSIONES

El presente epílogo se ha concentrado en ubicar la Sentencia C-252 del 2019 en el contexto colombiano, influida por la existencia de varios litigios internacionales en contra de Colombia, y en un ambiente internacional muy crítico del arbitraje internacional de las inversiones. Si bien la decisión de la Corte del año 2019 es un *hito* en la materia, como también lo fue en su momento la Sentencia C-358 de 1996, solo fue seguida como precedente vinculante en la Sentencia C-254 del 2019, que revisó el TLC entre Colombia e Israel. De hecho, posterior a estas dos sentencias, la Corte realizó el control constitucional de nuevos tratados internacionales de carácter económico y sus respectivas leyes aprobatorias con los estándares anteriores, como es el caso de las sentencias C-492 del 2019 y la C-092 del 2020. Si bien podría argumentarse que esta sentencia es un punto de inflexión, su impacto en la práctica ha sido más bien modesto.

Los retos interpretativos de la Corte Constitucional colombiana, de cara al futuro desarrollo del régimen del arbitraje internacional de las inversiones, podrían tomar como base los planteamientos de los capítulos de Amorrocho, con el fin de aplicar el trato igualitario para resolver el fondo de las controversias internacionales de inversión, los de Urueña y Prada en torno a utilizar un test estricto para revisar las cláusulas que consagran los MSCIE o, incluso, que volvamos a la doctrina Bello/Calvo, la cual propugna por someter las controversias internacionales de inversión a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. Y si se quisiera ir mucho más lejos, se podría requerir de la renuncia de los inversionistas extranjeros a intentar reclamación diplomática en lo que concierne a las obligaciones y derechos originados en su inversión en territorio colombiano, salvo en el caso de denegación de justicia, exigiendo el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales y prohibiendo la protección diplomática y las reclamaciones internacionales, en los términos de los artículos 26 y 27 del Convenio del CIADI⁶⁷.

⁶⁶ Para un análisis del trabajo de Carlos Calvo, véase Liliana Obregón Tarazona, “Carlos Calvo y la profesionalización del derecho internacional”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 3 (2015).

⁶⁷ Para futuras investigaciones, se sugiere la lectura de las siguientes obras: Reza Eftekhari, *The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the *ratione materiae* Jurisdiction*

TABLA 101. Principales controversias internacionales de inversión donde se cuestionan decisiones de la Corte Constitucional

Nombre del caso y partes	Referencia y fecha de demanda	Decisión de la Corte Constitucional cuestionada	TBI aplicable y estándares supuestamente violados
Delimitación de páramos. Proyecto Angostura Eco Oro Minerals Corp. (Concluido de manera desfavorable a Colombia)	CIADI ARB/16/41 Fecha de registro: 8 de diciembre del 2016	Sentencia C-035 del 2016: Declaró inexecutable los incisos 1.º, 2.º y 3.º del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 del 2015, que permitía la continuación, sin derecho a prórroga, de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en áreas delimitadas como páramos, que contaran con una licencia ambiental y un contrato de concesión, anteriores a la entrada en vigor de las prohibiciones legales para ejercer dichas actividades en páramos.	TLC Canadá-Colombia: • Estándar mínimo de trato consuetudinario, incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas. • Expropiación indirecta.
Delimitación de páramos. Santurbán-Berlín Galway Gold Inc.	CIADI ARB/18/13 Fecha de registro: 21 de marzo del 2018	Sentencia C-035 del 2016.	TLC Canadá-Colombia: • Estándar mínimo de trato consuetudinario, incluido trato justo y equitativo. • Expropiación indirecta.
Delimitación de páramos. Santurbán-Berlín Red Eagle Exploration	CIADI ARB/18/12 Fecha de registro: 21 de marzo del 2018	Sentencia C-035 del 2016.	TLC Canadá-Colombia: • Estándar mínimo de trato consuetudinario, incluido trato justo y equitativo. • Expropiación indirecta.

(Continúa)

of Investment Treaty Tribunals: The Partial Revival of the Localization Theory (Leiden: Brill, 2021); Christian Riffel, "Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?", *German Law Journal* 21, n.º 2 (2020): 197-222, <http://dx.doi.org/10.1017/glj.2020.10>; Angelo Golia Jr., "Counter-Limits beyond Europe: The Latin-American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective", *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* 10 (2019): 261-288; Obregón, "Carlos Calvo y la profesionalización del derecho internacional"; Liliana Obregón, "The Civilized and the Uncivilized", en *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 917-939; Liliana Obregón, "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional", *Revista de Derecho Público*, n.º 24 (2010): 3-19; Katia Fach Gomez, "*Latin America and ICSID: David versus Goliath*", *Law & Business Review of the Americas* 17, n.º 2 (2011): 195-230, <https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss2/4>.

Nombre del caso y partes	Referencia y fecha de demanda	Decisión de la Corte Constitucional cuestionada	TBI aplicable y estándares supuestamente violados
Mina Villonza en Marmato Gran Colombia Gold	CIADI ARB/18/23 Fecha de registro: 25 de mayo del 2018	Sentencia SU-133 del 2017: En la cual se amparó el derecho de los mineros tradicionales y las comunidades del municipio de Marmato a participar en el proceso de autorización de cesiones de derechos mineros, con el fin de salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería.	TLC Canadá-Colombia: • Estándar mínimo de trato consuetudinario, incluidos trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas. • Expropiación indirecta. • Nación más favorecida.
Correjón Anglo American Gold	CIADI ARB/21/31 Fecha de registro: 2 de junio del 2021	Sentencia T-614 del 2019 y Sentencia SU-698 del 2017: Amparó los derechos fundamentales a la salud y al ambiente sano de los habitantes del resguardo indígena wayuu Provincial.	APPRI Reino Unido-Colombia: Demanda aún no disponible.
Glencore (II)	CIADI ARB/21/30 Fecha de registro: 28 de mayo del 2021	Sentencia T-614 del 2019 y Sentencia SU-698 del 2017.	APPRI Suiza-Colombia: Demanda aún no disponible.
Intervención a Granahorrar por parte de la Superintendencia Bancaria Alberto Carrizosa Gelzis <i>et al.</i> (Concluido por falta de jurisdicción)	PCA Case n.º 2018-56 Fecha de registro: 28 de enero del 2018	Sentencia SU-447 del 2011: Amparó el derecho al debido proceso de la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.	TLC Estados Unidos-Colombia: • Trato nacional y nación más favorecida. • Trato justo y equitativo, incluido denegación de justicia. • Expropiación indirecta.
Intervención a Granahorrar por parte de la Superintendencia Bancaria Astrida Benita Carrizosa (Concluido por falta de jurisdicción)	CIADI ARB/18/5 Fecha de registro: 9 de marzo del 2018	Sentencia SU-447 del 2011: Amparó el derecho al debido proceso de la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.	TLC Estados Unidos-Colombia y BIT Colombia-Suiza (a través de la cláusula nación más favorecida): • Trato nacional y nación más favorecida. • Trato justo y equitativo, incluido denegación de justicia. • Expropiación indirecta.

(Continúa)

Nombre del caso y partes	Referencia y fecha de demanda	Decisión de la Corte Constitucional cuestionada	TBI aplicable y estándares supuestamente violados
Cláusula de no reversión en contrato de concesión de telefonía celular Telefónica S.A	CIADI ARB/18/3 Fecha de registro: 18 de febrero del 2018	Sentencia C-555 del 2013: Declaró exequible el art. 68 de la Ley 1341 del 2009, según el cual la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido por el cargo examinado, en el entendido de que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de esta norma se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.	APPRI España-Colombia: • Expropiación indirecta.
Cláusula de no reversión en contrato de concesión de telefonía celular América Móvil S. AB de C.V (Concluido en favor de Colombia)	CIADI ARB(AF)16/5 Fecha de registro: 3 de octubre del 2016	Sentencia C-555 del 2013.	TLC México-Colombia: • Expropiación indirecta.
Gas Natural SDG S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L. (Concluido en favor de Colombia)	CIADI UNCT/18/1 Fecha de registro: 21 de marzo del 2017	Si bien el argumento principal se dirigía a cuestionar la intervención de Electricaribe, se hacía referencia a las sentencias de tutela que ordenaron la reconexión o impidieron el corte de energía a sujetos de especial protección constitucional. Esto como una de las supuestas maneras en las que el Estado puso en situación de inviabilidad financiera a la empresa.	APPRI España-Colombia: • Trato justo y equitativo. • Protección y seguridad plenas. • Trato nacional y nación más favorecida.

Fuente: elaboración propia.

BIBLIOGRAFÍA

Aljore Salame, Antonio. “Capítulo vi. Los tratados de inversión y la Unión Europea”. En *Tratados internacionales de inversión: experiencia de Colombia y del derecho comparado*, editado por Alfredo Fuentes Hernández. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019.

América Móvil S.A. B de C. V. Caso ICSID n.º ARB(AF)/16/5.

Bisiani, Laura, Bahakal Yimer, Nicolás Cisneros y Rahul Donde. “Application of International Investment Agreements by Domestic Courts”. *Trade Law Clinic* (2011). <https://www.tradelab.org/single-post/2018/03/02/application-of-international-investment-agreements-by-domestic-courts>.

- Broches, Aron. "The Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure". En *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, editado por P. Sanders, 13-25. La Haya: Martinus Nijhoff, 1967.
- Brower, Charles N. y Stephen W. Schill. "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?". *Chicago Journal of International Law* 9 (2009): 471-498.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. Caso ICSID n.º ARB/08/5.
- Chen, Tsai-Fang. "The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunals in Investor-State Dispute Settlement". *Contemporary Asia Arbitration Journal* 5, n.º 1 (2012): 23-43.
- Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas, 17 de junio del 2005.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. Nueva York: Naciones Unidas, 2009.
- Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991. *Gaceta Constitucional* 116.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.
- Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 14 de octubre de 1966.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098, 3 de marzo del 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-184, 14 de abril 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-252, 6 de junio del 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia C-358, 14 de agosto de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-492, 22 de octubre del 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sentencia C-576, 25 de julio del 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-924, 19 de julio del 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones entre Colombia y Francia, 5 de agosto del 2020. http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20IN%20TERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF
- Di Rossa, Paolo. "The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues". *The University of Miami Inter-American Law Review* 36, n.º 1 (2004): 41-74.

Eco Oro Minerals Corp. Caso ICSID n.º ARB/16/41.

Eftekhari, Reza. *The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the Ratione Materiae Jurisdiction of Investment Treaty Tribunals: The Partial Revival of the Localization Theory*. Leiden: Brill, 2021.

“El laudo de Eco Oro aviva las críticas al arbitraje de inversión en Colombia”. *CIAR Global*, 5 de noviembre del 2021. <https://ciarglobal.com/el-laudo-de-eco-oro-aviva-las-criticas-al-arbitraje-de-inversion-en-colombia/>.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945.

Fach Gomez, Katia. “Latin America and ICSID: David versus Goliath”. *Law & Business Review of the Americas* 17, n.º 2 (2011): 195-230. <https://scholar.smu.edu/lbra/vol17/iss2/4>

Fandiño-Bravo, Juan Camilo. “LL.M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 18, n.º 1 (2014): 667-745.

Ferreres Comella, Victor. *The Constitution of Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

Franck, Susan D. “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”. *Fordham Law Review* 73 (2005): 1521-1625.

Galway Gold Inc. Caso ICSID n.º ARB/18/13.

García-Bolívar, Omar. *Sovereignty v. Investment Protection: Back to Calvo?* Dallas: Law Institute of the Americas, Southern Methodist University, 2010.

Glencore International A.G., C.I. Prodeco S.A., y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. c. Colombia. Caso ICSID n.º ARB/19/22.

Golia Jr., Angelo. “Counter-Limits beyond Europe: The Latin-American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* 10 (2019): 261-288.

Harris, Paul. “Arbitration court rejects NGOs in Eco Oro case”. *Mining Journal*, 22 de febrero del 2019. <https://www.mining-journal.com/gold-and-silver-news/news/1357181/arbitration-court-rejects-ngos-in-eco-oro-case>

Henkels, Caroline. *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulation Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Hull, Cornell. “Letter from the Secretary of State Cornell Hull to the Mexican Ambassador Castillo Nájera (Jul. 21, 1938)”. En *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1938, The American Republics*, editado por Matilda

- F. Axton, Rogers P. Churchill, N. O. Sappington, John G. Reid, Francis C. Prescott, Louis E. Gates y Shirley L. Phillips. 674-678. Washington: us Government Printing Office, 1955.
- Langford, Malcolm, Daniel Behn y Ole Kristian Fauchald. "Backlash and State Strategies in International Investment Law". En *The Changing Practices of International Law*, editado por Tanja Alberts y Thomas Gammeltoft-Hansen, 70-102. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Linares Cantillo, Alejandro. *El derecho aplicable al arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- "Las normas de derecho nacional e internacional aplicables por los tribunales arbitrales de inversión". En *Tratados internacionales de inversión: experiencia de Colombia y del derecho comparado*, editado por Alfredo Fuentes Hernández, 513-535. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019.
- "The Intervention of Constitutional Courts in International Investment Law: The Case of Colombia". *Cornell International Law Journal* 54 (2021): 101-150.
- Montt, Santiago. "What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other: Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation". *Res Publica Argentina* 75 (2007): 2-46.
- Naturgy Energy Group, S.A. & Naturgy Electricidad Colombia S.L. c. Colombia*. Caso ICSID n.º UNCT/18/1.
- Obregón Tarazona, Liliana. "Carlos Calvo y la profesionalización del derecho internacional". *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 3 (2015): 1-23.
- "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional". *Revista de Derecho Público*, n.º 24 (2010): 3-19.
- "The Civilized and the Uncivilized". En *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 917-939. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Olarte-Bacares, Carolina, Enrique Prieto-Ríos y Juan P. Pontón-Serra. "Are Interpretative Declarations Appropriate Instruments to Avoid Uncertainty?". *Investment Treaty News*, 19 de diciembre del 2020. <https://www.iisd.org/itn/en/2020/12/19/are-interpretative-declarations-appropriate-instruments-to-avoid-uncertainty-the-cases-of-the-colombia-france-bit-and-the-colombia-israel-fta-carolina-olarte-bacares-enrique-prieto-rios-juan-ponton-se/>
- Paulsson, Jan. "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration". En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2.ª ed., 81-100. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Red Eagle Exploration Limited*. Caso ICSID n.º ARB/18/12.

- Riffel, Christian. "Does Investor-State Dispute Settlement Discriminate Against Nationals?". *German Law Journal* 21, n.º 2 (2020): 197-222. <http://dx.doi.org/10.1017/glj.2020.10>
- Rivas-Ramírez, Daniel. "El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana". En *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, editado por Juana Inés Acosta López, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas-Ramírez: 627-680. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Roberts, Anthea. "Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration". *American Journal of International Law* 112 (2018): 410-432.
- Shan, Wenhua. "Calvo Doctrine, State Sovereignty and International Investment Law". En *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, editado por Whenua Shan, Penelope Simons y Dalvinder Singh, 247-314. Oregon: Hart Publishing, Bloomsbury, 2008.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 5.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Suárez Ricaurte, Federico. "Judgment C-252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of Precedent on the Control of BITS". *Investment Treaty News*, 19 de septiembre del 2019. <https://www.iisd.org/itn/en/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>
- Telefónica S.A.* Caso ICSID n.º ARB/18/3.
- Tienhaara, Kyla. "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science". En *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, editado por Chester Brown y Kate Miles, 606-628. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dictamen 1/17, 30 de abril del 2019. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=18323640>
- Sentencia Asunto C-284/16 Achmea, 6 de marzo del 2018.
- Van Harten, Gus. *Investment Treaty Law Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Van Harten, Gus y Martin Loughlin. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law". *European Journal of International Law* 17 (2006): 121-150.

Waibel, Michael, Asha Kaushal, Kwo-Hwa Chung, Kim Chang y Claire Balchin. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Londres: Kluwer Law International, 2010.

White, Burke y Andreas von Staden. "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration". *Yale Journal of International Law* 35, n.º 283 (2010). <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol35/iss2/2>: 289

Zuleta, Eduardo y María Camila Rincón. "Colombia's Constitutional Court Conditions Ratification of the Colombia-France BIT to the Interpretation of Several Provisions of the Treaty". *Wolters Kluwer: Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 de julio del 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty>

Laura María Amorocho Rojas

Abogada con maestría en Derecho Internacional por la Universidad de los Andes. Concentra su práctica en derecho internacional público, resolución de conflictos y contratación pública. Tiene experiencia en arbitraje internacional bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y ha trabajado en la consultoría en materia de derechos humanos y la defensa del Estado colombiano en arbitraje de inversión.

Laura Catalina Cárdenas Rodríguez

Abogada con profundización en Derecho Comercial y Constitucional por la Universidad del Rosario. Actualmente cursa una especialización en Derecho Comercial en la Universidad de los Andes y se desempeña como abogada junior del Equipo de Propiedad Intelectual de la firma Gómez Pinzón Abogados. Su investigación se centra en el derecho internacional económico y en la propiedad intelectual. Ha participado en distintas publicaciones relacionadas con estos temas.

María Lucía Casas A.

LL. B. por la Universidad del Rosario y especialista en Energías Renovables y Eficiencia Energética por la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es asociada senior del área de Arbitraje y Derecho Internacional de Xstrategy, en Bogotá. Ha trabajado para diversas firmas internacionales, en las que se ha desempeñado como abogada de parte en arbitrajes

nacionales e internacionales bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

María Fernanda Estrada

LL. M. por la Harvard Law School y, actualmente, magistrada auxiliar del Consejo de Estado. Se ha desempeñado como abogada de la Corte Constitucional de Colombia y de inversionistas y firmas de abogados, y ha sido profesora de derecho internacional en la Universidad del Norte, Barranquilla.

Ana María Garcés Escobar

Abogada y especialista de Derecho Internacional de los Negocios por la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho (LL. M.) por la Columbia Law School.

Alejandro Linares Cantillo

Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con estudios de posgrado en Finanzas y Tributación Internacional y maestría en Derecho (LL. M) por la Universidad de Harvard. Abogado por la Universidad de los Andes. Ha sido profesor de cátedra en derecho en varias universidades del país y autor de varios artículos en revistas especializadas en materia de hacienda pública, derecho económico internacional y derecho de los negocios, incluyendo el libro *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno* (2019, Universidad Externado de Colombia).

Mario R. Osorio Hernández

Abogado y economista por la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho y candidato a doctor en Derecho por la Georgetown University. Miembro del Georgetown University Law Center.

Nicolás Parra González

Abogado por la Universidad de los Andes con estudios de posgrado en administración financiera. Trabaja actualmente en la Corte Constitucional de Colombia.

Juan Pablo Pontón-Serra

Abogado por la Universidad del Rosario y magíster en Derecho Internacional General y Derecho Internacional Económico por la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Se ha desempeñado como investigador y miembro de la línea de investigación en derecho internacional económico de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Su investigación se centra en las áreas de derecho internacional de la inversión extranjera y derechos humanos y empresa. Ha trabajado como pasante sobre asuntos de inversión extranjera en el Gobierno de Colombia, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y en una firma de arbitraje internacional establecida en París.

María Angélica Prada-Uribe

Abogada con maestría en Derecho Internacional y Antropología por la Universidad de los Andes. Ha sido profesora de la Universidad de los Andes y de la Universidad Católica. Fue Alexander von Humboldt Climate Protection *Fellow*, e investigadora del Instituto Max Planck de Antropología Social, en Halle (Alemania).

José Gustavo Prieto Muñoz

Investigador posdoctoral fwo en el Departamento de Derecho Europeo e Internacional; Centro de Derechos Humanos; Programa Derechos Humanos en Contexto de la Universidad de Gante, Bélgica. Abogado ecuatoriano, doctor (Ph. D.) en Derecho por la Universidad de Verona, Italia. Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Realizó un posdoctorado en la Universidad de Turín, Italia, y varias estancias de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania.

Enrique Prieto-Ríos

Profesor asociado y director del grupo de investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogado por la Universidad del Rosario (LL. M.). Doctor (Ph. D.) en Derecho por la Birkbeck University of London. Centra su trabajo académico en las áreas de derecho internacional público y derecho internacional económico, específicamente en derecho internacional de la inversión extranjera y derechos humanos y empresas. Es comisionado de la Comisión

Asesora en Derechos Humanos y Paz, creada por el capítulo 5 del acuerdo de paz, y es integrante de la Rama Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas.

Mariana Reyes Múnera

LL. B. y candidata a LL. M. en Derecho Internacional por la Universidad de los Andes. Actualmente es asociada junior del área de resolución de conflictos de Baker McKenzie, en Bogotá. Ha trabajado en firmas de arbitraje de inversión y derecho internacional público, en la defensa del Estado colombiano en arbitraje de inversión, en firmas de consultoría en materia de derechos humanos y tiene experiencia en arbitraje internacional bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Rafael Rincón Ordóñez

Árbitro internacional y nacional. Socio de Rincón Castro Abogados, en donde concentra su práctica en solución de controversias internacionales y derecho público. Fue asociado extranjero de Latham & Watkins LLP en Nueva York, Estados Unidos. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Cuenta con una Maestría en Negocios Internacionales, Litigio y Arbitraje Internacional (LL. M.) de la New York University School of Law. Abogado (graduado con honores) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

José Antonio Rivas

Doctor por la Georgetown University, profesor de Arbitraje de Inversión de Tratados, Derecho Internacional Público y Sentencias de la Corte Internacional de Justicia de la misma universidad y socio fundador de Xtrategy, una firma *boutique* en arbitraje internacional de inversiones y derecho internacional público en Washington y Bogotá. Es árbitro internacional y ha sido abogado internacional de Estados e inversionistas en distintos casos de arbitraje de inversión, así como jefe negociador de tratados de inversión de la República de Colombia y consejero jurídico del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En calidad de jefe negociador de Colombia, negoció el APPRI con Francia entre el 2006 y el 2009, antes de que finalizara dicha negociación, y fue invitado

por la Corte Constitucional a intervenir en su audiencia del 13 de diciembre del 2018 sobre este mismo tratado.

Rafael Tamayo-Álvarez

Profesor de carrera e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes y magíster en Derecho Internacional por la Universidad de Chile y la Universidad de Heidelberg.

René Urueña

Ph. D. (*eximia cum laude*) y LL. M. (*laudatur*) por la Universidad de Helsinki. Abogado y especialista en economía por la Universidad de los Andes. Profesor asociado de la Universidad los Andes, Max Planck Law Fellow, titular de la Cátedra Organización Mundial del Comercio, 2022. Ha sido investigador en la Universidad de Nueva York, docente en el Institute for Global Law and Policy de Harvard, y profesor invitado en las universidades de Tel-Aviv, Utah, Helsinki, Laponia y Nueva York. Fue presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional, agente del Estado y varias veces perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Alejandra Valencia Gärtner

Abogada por la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Internacional Público (LL. M.) por la University of Sussex, Reino Unido. Trabajó trece años en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, ocupando el cargo de directora de Asuntos Jurídicos Internacionales durante los últimos nueve años. Tiene experiencia en derecho de los tratados y su aplicación respecto de las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado colombiano a nivel bilateral y multilateral.

Control constitucional del derecho de inversiones se terminó
de imprimir y encuadernar en agosto del 2023.
En su composición se usó la fuente Adobe Caslon Pro.

Bogotá, D. C., Colombia