

La revisión constitucional de los acuerdos internacionales de inversión y la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales**

The Constitutional Review of International Investment Agreements and the Protection of the Right to Equal Treatment of Domestic Investors

RESUMEN

El presente artículo discute el rol del juez constitucional colombiano en la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales frente a los acuerdos internacionales de inversión (AII) suscritos por Colombia. A nivel global, los AII han sido acusados de crear tratos discriminatorios en contra de los inversionistas locales al otorgar a los inversionistas extranjeros mejores derechos sustanciales y procesales. Aunque la Corte Constitucional desde su creación ha tenido a su cargo el control de constitucionalidad de los AII suscritos por Colombia, solo recientemente, en el marco del control de los AII con Francia e Israel, hizo uso de ese control para abordar la posible violación del derecho a la igualdad de los inversionistas locales como consecuencia de la suscripción de tales tratados internacionales. El trabajo analiza la forma en que la Corte Constitucional realizó el control de constitucionalidad de los AII con Francia e Israel, particularmente en lo que atañe a las medidas adoptadas para la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales. El

* Docente investigador del Departamento de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Abogado de la Universidad Externado de Colombia; LL.M. en International Economic Law, Business and Policy de Stanford University; LL.M. en European and International Business Law de la Universidad de Viena. Socio de la firma Roldán Uribe & Álvarez Abogados. ORCID ID: 0000-0001-5007-8461. Contacto: juan.alvarez@rua.com.co - juan.alvarez@uexternado.edu.co

** Recibido el 24 de marzo de 2020, aprobado el 20 de enero de 2022.

Para citar el artículo: ÁLVAREZ CONTRERAS, J. M. *La revisión constitucional de los acuerdos internacionales de inversión y la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 52, mayo-agosto de 2022, 409-440.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.13>

artículo concluye que el tribunal constitucional, en su deseo de tomar parte en el debate moderno sobre los AII, pudo haber desconocido la naturaleza y el contexto histórico de esos tratados, así como su propia jurisprudencia en materia de protección del derecho a la igualdad. Así mismo, el texto pone en evidencia que la Corte no aplicó de forma uniforme y consistente su estándar de control respecto de todas las disposiciones de los AII, y que sus decisiones crean problemas prácticos que pueden convertirse, eventualmente, en obstáculos para la negociación y conclusión de AII por parte del gobierno colombiano.

PALABRAS CLAVE

Acuerdos internacionales de inversión (AII), tratados bilaterales de inversión (TBI), capítulos de inversión en tratados de libre comercio (TLC), derecho a la igualdad, Corte Constitucional de Colombia, mecanismo inversionista-Estado para la solución de controversias de inversión.

ABSTRACT

The present article assesses the role of the Colombian constitutional judge in the protection of the right to equal treatment of domestic investors against the International Investment Agreements (IIA) concluded by Colombia. Globally, IIA have been accused of creating discriminatory treatments against domestic investors by providing foreign investors with more favorable procedural and substantial rights. Even though the Colombian Constitutional Court has always been in charge of conducting the constitutional review of the IIA concluded by Colombia, only recently, in the context of the review of the IIA concluded with France and Israel, the Court used its constitutional powers to address the alleged violation of the right to equal treatment of the local investors as a consequence of the conclusion of IIA. The article analyzes the manner in which the Constitutional Court conducted the constitutional review of the IIA with France and Israel, particularly regarding its decisions to protect the right to equal treatment of domestic investors. The author concludes that the constitutional judge, prompted by the willingness to take part in the modern debate about IIA, may have overlooked the nature and historical context of these treaties and its own case law on the protection of the right to equal treatment. Furthermore, the article shows that the Constitutional Court did not apply its standard of review in a uniform and consist manner with regard to all the provisions of the IIA, and that its decisions create new issues that may become in obstacles for the negotiation and conclusion of IIA by the Colombian government in the future.

KEYWORDS

International Investment Agreements (IIA), Bilateral Investment Treaties (BIT), investment chapters in Free Trade Agreements (FTA), right to equal treatment, Colombian Constitutional Court, investor-State investment dispute settlement.

SUMARIO

Introducción. 1. El debate moderno acerca de los acuerdos internacionales de inversión y el derecho a la igualdad de los inversionistas locales: la regla del “*no greater rights*”. 2. Estándar tradicional de revisión: control constitucional leve de los acuerdos internacionales de inversión. 3. El nuevo estándar de revisión constitucional de los acuerdos internacionales de inversión. 3.1. Alcance del control de constitucionalidad sobre los acuerdos internacionales de inversión. 3.2. Efectos del control de constitucionalidad. 3.3. Aplicación del nuevo estándar de revisión de constitucionalidad de los tratados de inversión para proteger el derecho a la igualdad. 3.3.1. Constitucionalidad general del tratado: incorporación del principio de “*no greater rights*”. 3.3.2. Constitucionalidad de la expresión “*legítimas expectativas*”. 3.3.3. Solidez e implicaciones de las decisiones de la Corte para salvaguardar el principio de igualdad. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

A partir de su creación, en 1991, la Corte Constitucional colombiana ha tenido a su cargo la cardinal función de salvaguarda de la Constitución Política y de los derechos fundamentales. Su labor ha irradiado la mayor parte de las esferas de la actividad pública e, incluso, de la vida privada de los colombianos. Por sorpresa, aunque la Corte siempre ha tenido a su cargo el control constitucional de los tratados internacionales, ese control, en tratándose de acuerdos internacionales de inversión (AII) concluidos por Colombia, no había sido utilizado activamente para abordar y resolver una de las críticas más recurrentes contra los AII a nivel global, a saber, que los mismos generan tratos discriminatorios en contra de los inversionistas locales en violación de su derecho a la igualdad. La impasibilidad de la Corte frente a la materia, sin embargo, tuvo su fin a mediados del año 2019, cuando el alto tribunal llevó a cabo el control de constitucionalidad de los AII suscritos por Colombia con Francia e Israel. En dos decisiones que pronto ganaron notoriedad, quizá más en otras latitudes que en Colombia, la Corte adoptó un estándar estricto para la revisión de constitucionalidad de los AII. Como manifestación de ese nuevo estándar, el tribunal constitucional adoptó medidas a todas luces innovadoras para asegurar que los AII no crearan mejores

derechos a favor de los inversionistas franceses e israelíes en detrimento de los inversionistas colombianos.

Luego de aludir al debate moderno acerca de los AII y el derecho a la igualdad de los inversionistas domésticos, de hacer referencia al estándar tradicionalmente aplicado por la Corte Constitucional para la revisión de los AII y de elucidar las características del nuevo estándar acogido con ocasión de la revisión de los AII con Francia e Israel, el artículo busca juzgar la solidez, conveniencia y consistencia de las medidas adoptadas por la Corte para garantizar el derecho a la igualdad de los inversionistas locales. Como se verá, la conclusión principal del trabajo es que la Corte, en su afán por tomar parte en el debate moderno sobre AII y el derecho a la igualdad, pudo haber ido demasiado lejos, creando condicionamientos que desconocen la naturaleza y el contexto histórico de las disposiciones de esos tratados, y que no se condicen con la propia jurisprudencia de la Corte en materia de la protección del derecho a la igualdad.

1. EL DEBATE MODERNO ACERCA DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN Y EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS INVERSIONISTAS LOCALES: LA REGLA DEL “NO GREATER RIGHTS”

A partir de finales de la década de 1950^[1] los Estados comenzaron a suscribir acuerdos internacionales de inversión (AII), bajo la forma de tratados bilaterales de inversión (TBI) o de capítulos de inversión en tratados de libre comercio (TLC), con el objeto de garantizar ciertos estándares sustanciales de protección a los inversionistas extranjeros y, de esa manera, crear condiciones favorables para atraer capital foráneo. Aun cuando los primeros AII solo contemplaban mecanismos de solución de controversias entre los Estados parte (mecanismo Estado-Estado)², con los años se fue haciendo común la inclusión de cláusulas que permitían a los inversionistas extranjeros demandar directamente a los Estados ante tribunales arbitrales internacionales (mecanismo inversionista-Estado, o ISDS, por sus siglas en inglés)³. En sus inicios, los AII seguían una lógica “Norte-Sur”, pues solían celebrarse entre países desarrollados expor-

1 Comenzando con el TBI entre Alemania y Pakistán que empezó a regir en 1959: Tratado para la Promoción y Protección de Inversiones, Alemania-Pakistán, de 25 de noviembre de 1958.

2 Esos mecanismos habitualmente consistían en el arbitraje internacional o en el sometimiento de la controversia a la decisión de la Corte Internacional de Justicia. Véase, *v. gr., ibid.*, art. 11 (2).

3 El primer AII que incluyó el mecanismo inversionista-Estado fue el TBI suscrito entre Italia y Chad en 1969. Véase NEWCOMBE, A. y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, 44. Un estudio de la OCDE realizado en 2012 sobre una muestra de 1.660 TBI concluyó que el 93% de ellos incluía disposiciones sobre ISDS: véase POHL, J., MASHIGO, K. y NOHEN, A. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*. OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, 7.

tadores de capital, por un lado, y países en desarrollo ávidos de ese capital, por el otro⁴. Como las inversiones se movían desde los países desarrollados hacia los países en desarrollo, eran estos, en la práctica, quienes soportaban el riesgo de ser objeto de demandas bajo ISDS.

Sin embargo, a partir de inicios de la década de 1990, cuando los países desarrollados comenzaron a suscribir AII entre ellos, lo cual tuvo lugar particularmente en el ámbito multilateral⁵, tales países comenzaron a ser llamados como demandados ante tribunales internacionales de arbitraje por la violación de los AII⁶. De forma poco sorpresiva, varios países desarrollados, otrora defensores y promotores de los AII y de ISDS, comenzaron a cuestionar la necesidad de suscribir dichos tratados entre países desarrollados y de permitir que los inversionistas extranjeros demanden a los Estados ante tribunales internacionales, en lugar de tener que acudir, como los locales, ante las cortes domésticas⁷. El debate alcanzó su mayor auge en el marco de la negociación de los denominados “mega-tratados”, particularmente del fallido tratado de libre comercio entre Estados Unidos y la Unión Europea (TTIP)⁸, del Acuerdo Transpacífico para la Cooperación Económica (TPP)⁹ y del TLC entre Canadá y la Unión Europea (CETA)¹⁰.

4 UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. UNCTAD/ITE/IIA/2. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2000, 4.

5 El TLC de América del Norte suscrito en 1994 entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA, por sus siglas en inglés) fue el primer AII que contempló el uso de ISDS entre países desarrollados.

6 Por ejemplo, Canadá ha sido demandada en 30 ocasiones bajo las disposiciones del NAFTA, mientras que Estados Unidos lo ha sido en 17 oportunidades. Información extraída de: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (consultada el 18 de enero de 2022).

7 Véase YACKEE, J. *New Trade Agreements Don't Need ISDS*. CATO Unbound, 19 de mayo de 2015. Disponible en: https://www.cato-unbound.org/2015/05/19/jason-yackee/new-trade-agreements-dont-need-isds#_edn1; HAMAMOTO, S. *Debates in Japan over Investor-State Arbitration with Developed States*. En *CIJI Investor-State Arbitration*, 2016, Paper n.º 5, 9; Comisión Europea. *Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*. SWD (2015)3 final, 13 de enero de 2015, 14. Disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

8 Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP, por sus siglas en inglés). Las negociaciones del TTIP fueron suspendidas después de la llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos.

9 El TPP, por sus siglas en inglés, fue suscrito el 4 de febrero de 2016 entre doce países de la región pacífica, incluyendo, entre otros, a Estados Unidos, México, Canadá, Australia y Japón. Poco tiempo después, sin embargo, con la llegada de Donald Trump al poder, Estados Unidos decidió abandonar el TPP, por lo que las demás partes posteriormente suscribirían el Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), el cual se basa fundamentalmente en el texto del TPP.

10 El Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés) fue suscrito el 30 de octubre de 2016 y comenzó a regir, de manera provisional, el 21 de septiembre de 2017.

No es posible aquí hacer un recuento de todas las críticas contra los AII e ISDS¹¹. Baste con decir, para los propósitos de este artículo, que una de las críticas recurrentes se basa en que los AII confieren a los inversionistas extranjeros una mayor protección que aquella con la que cuentan los inversionistas domésticos, vale decir, que los AII, al crear estándares sustanciales y procesales aplicables únicamente a los inversionistas extranjeros, terminan siendo fuente de tratos discriminatorios en contra de los inversionistas locales¹². Para hacer frente a esta crítica, los países desarrollados comenzaron a proclamar que sus AII no son fuente de tratos más favorables a favor de los inversionistas extranjeros, tendencia que ha sido calificada como la versión moderna de la teoría Calvo¹³. En Estados Unidos, por ejemplo, impulsado por el creciente criticismo contra el NAFTA, el Congreso aprobó el *Bipartisan Trade Promotion Authority Act* (TPA), que estableció como uno de los objetivos de negociación de ese país el de “asegurar que los inversionistas extranjeros no reciban mayores derechos sustanciales en relación con la protección de sus inversiones que los inversionistas de los Estados Unidos en el territorio de los Estados Unidos”¹⁴. A la postre, como desarrollo del TPA, todos los AII suscritos subsiguientemente por Estados Unidos, incluyendo el TLC con Colombia, incluyen en su preámbulo una disposición que básicamente reproduce el mandato definido por el Congreso en el TPA¹⁵. Más recientemente, Canadá y la Unión Europea suscribieron una declaración interpretativa conjunta so-

11 Sobre el tema, de manera general, véase KAUSHAL, A. *Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 50, n.º 2, 2009, 491-534; SCHILL, S. *Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*. En *Journal of International Economic Law*. Vol. 20, n.º 3, 2017, 652-657.

12 Véase KLEINHEISTERKAMP, J. y POULSEN, L. *Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals*. GEG & BSG Policy Brief, 2014, 4.

13 BONNITCHA, J., POULSEN, L. y WAIBEL, M. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 13. La doctrina Calvo, elaborada a partir de los trabajos del diplomático argentino Carlos Calvo, surgió en respuesta a lo que entonces se consideraba como un uso desproporcionado de los mecanismos de protección diplomática a favor de inversionistas extranjeros y en contra de los países latinoamericanos. De acuerdo con la doctrina, los inversionistas extranjeros no gozan de mejores derechos que los inversionistas locales, por lo que aquellos, al igual que estos, deben buscar la protección de sus derechos ante las cortes locales y los mecanismos de protección diplomática deben estar restringidos a casos de denegación de justicia o violaciones de los principios de derecho internacional. Véase POLANCO, R. *The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine*. En *ICSID Review*. Vol. 30, n.º 1, 2015, 176.

14 H.R.3009 - Trade Act of 2002, 107th Cong., Sec. 2 (b)(3) (2001-2002) (trad. libre). En el año 2015, el Congreso de Estados Unidos aprobó el *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act*, que, en esencia, reprodujo los objetivos de negociación definidos desde el TPA de 2002.

15 Similar disposición es incluida, entre otros, en los TLC de Estados Unidos con Panamá, Perú y Korea.

bre el CETA, señalando que el tratado “no dará lugar a tratos más favorables hacia los inversores extranjeros con respecto a los inversores nacionales”¹⁶.

A pesar de las anteriores manifestaciones, hay quienes todavía sostienen que los AII e ISDS *efectivamente* confieren mejores derechos, tanto sustanciales como procesales, a favor de los inversionistas extranjeros protegidos¹⁷. Se señala, por ejemplo, que los estándares consagrados en los AII, aun cuando simplemente reiteren el contenido del derecho local, son aplicados por tribunales arbitrales internacionales que no se encuentran sujetos a ciertas reglas y principios que suelen ser de gran incidencia para determinar el alcance de los derechos de que gozan los inversionistas domésticos¹⁸.

Por muchos años, la Corte Constitucional colombiana, bastante activa en otros ámbitos, no tomó parte en el debate acerca de la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad de los inversionistas locales frente a las disposiciones de los AII suscritos por Colombia. Esa situación vino a cambiar recientemente con las sentencias C-252 y C-254 de 2019, mediante las cuales se realizó el control automático de constitucionalidad del TBI suscrito con Francia y del TLC suscrito con Israel, respectivamente. Como se ve más adelante, en estas dos sentencias la Corte modificó radicalmente el estándar de control de constitucionalidad de los AII, lo cual se reflejó, entre otras cosas, en la adopción de medidas tendientes a garantizar el derecho a la igualdad de los inversionistas domésticos.

2. ESTÁNDAR TRADICIONAL DE REVISIÓN: CONTROL CONSTITUCIONAL LEVE DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, en Colombia todos los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y aprobados por el Congreso se encuentran sujetos al control de constitucionalidad automático, previo y vinculante por parte de la Corte Constitucional¹⁹. Por tal motivo, antes de revisar la constitucionalidad del TBI suscrito con Francia y del capítulo de inversión del TLC suscrito con Israel, los cuales son el objeto del presente artículo, la Corte había efectuado el control constitucional de los

16 Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, 27 de octubre de 2014, 2. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(01)&from=ES)

17 Véase JOHNSON, L., SACHS, L. y SACHS, J. *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*. CCSI Policy Paper, 2015, 7.

18 *Ibid.* Véase, también, JOHNSON L. y VOLKOV O. *Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law*. En *The American Review of International Arbitration*. Vol. 24, n.º 3, 2013, 414.

19 Constitución Política, art. 241 (10). Sobre las características generales del control de constitucionalidad de los tratados internacionales véase, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 14 de abril de 2016.

TBI con Cuba²⁰, Reino Unido e Irlanda del Norte²¹, Perú²², España²³, Chile²⁴, Suiza²⁵, China²⁶, India²⁷ y Japón²⁸, así como de los capítulos de inversión de los TLC con Estados Unidos²⁹, Canadá³⁰, El Salvador, Guatemala y Honduras³¹, Chile³² y Corea³³.

El análisis de las anteriores decisiones revela que la Corte tradicionalmente aplicó un estándar *leve* de control de constitucionalidad de los AII³⁴. El análisis de la corporación comprendía dos etapas. En primer lugar, la Corte analizaba la “conformidad general” del tratado con la Constitución. Sobre tal aspecto, de manera recurrente afirmó que los AII son ajustados a la carta política, en tanto que constituyen herramientas encaminadas a atraer inversiones extranjeras y a fomentar la integración y la creación de lazos comerciales con otros países³⁵, desarrollan disposiciones constitucionales como las contenidas en los artículos 226 y 227^[36] y promueven fines constitucionales como la prosperidad general y la participación en la vida económica de la Nación (art. 2.º *ibid.*) y el estímulo del desarrollo empresarial (art. 333 *ibid.*)³⁷.

En segundo lugar, la Corte procedía a estudiar la constitucionalidad del preámbulo y de cada una de las disposiciones del tratado. En este punto, la Corte, después de describir el contenido literal de tales disposiciones, usualmente se limitaba a admitir su constitucionalidad bajo el entendido de que

20 Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 22 de agosto de 1996.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 14 de agosto de 1996. En el año 2010, Colombia, de un lado, y el Reino Unido e Irlanda del Norte, del otro, suscribieron un nuevo TBI, el cual fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-169 de 7 de marzo de 2012.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 23 de enero de 1997. En 2007, Colombia y Perú suscribieron un nuevo TBI, el cual fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-377 de 19 de mayo de 2010.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-494 de 15 de septiembre de 1998. En 2005, Colombia y España suscribieron un nuevo TBI, el cual fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-309 de 3 de mayo de 2007.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 23 de abril de 2002.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 11 de marzo de 2009.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-199 de 14 de marzo de 2012.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 22 de febrero de 2012.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 13 de mayo de 2015.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 24 de julio de 2008.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 3 de agosto de 2010.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 8 de julio de 2009.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 28 de enero de 2009.

33 Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 14 de abril de 2016.

34 Ya otros autores se han referido al estándar aplicado por la Corte para la revisión de AII hasta el año 2019 como uno “leve”. Véase PONTÓN-SERRA, J. y PRIETO-RÍOS, E. *Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control constitucional*. En *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 23, n.º 1, 2020, 172.

35 Véase, *v. gr.*, Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 13 de mayo de 2015, párr. 6.2.3.

36 *Ibid.*, párr. 6.2.9.

37 *Ibid.*, párr. 6.2.10.

las mismas reflejan el contenido típico de los AII³⁸, sin emprender análisis alguno respecto de la forma en que las disposiciones han sido interpretadas por los tribunales internacionales de inversión, de si ellas se ajustaban a las tendencias modernas en la materia y de si las previsiones del acuerdo de alguna manera podían tener implicaciones constitucionales que no emergían de su simple lectura literal, como, por ejemplo, generar tratos discriminatorios en contra de los inversionistas locales.

Así las cosas, la Corte no efectuaba en realidad un control material de las disposiciones del tratado, sino se limitaba a constatar que ellas, en su tenor literal, no contrariaban norma constitucional alguna. A la sazón, cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas previsiones de los AII, solo lo hizo en eventos en que existía una patente contradicción entre el tratado y la Constitución. En efecto, toda vez que la versión original del artículo 58 del texto fundamental admitía la posibilidad de expropiación sin el pago de compensación en eventos que debían ser definidos por el legislador³⁹, las disposiciones sobre expropiación contenidas en los acuerdos de inversión suscritos por Colombia, que exigían que la expropiación se acompañara en todos los casos de una compensación, resultaban abiertamente contrarias al texto constitucional. Por tal razón, en sus primeras sentencias sobre la materia, la Corte declaró la inexecutable de las disposiciones sobre expropiación de los TBI con Cuba⁴⁰, Reino Unido⁴¹, Perú⁴² y España⁴³. Una vez la versión original del artículo 58 fue modificada a través del Acto Legislativo n.º 001 de 1999, eliminándose la posibilidad de expropiación sin el pago de compensación, la Corte declaró la executable de todas las cláusulas de expropiación contenidas en los subsiguientes AII que fueron objeto de control de constitucionalidad.

3. EL NUEVO ESTÁNDAR DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El 6 de junio de 2019, a través de la sentencia C-252, la Corte efectuó el control de constitucionalidad del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Colombia y Francia el 10 de julio de 2014 (en adelante, el TBI Colombia-Francia, o simplemente el TBI)⁴⁴. El mismo 6 de junio de 2019, mediante la sentencia C-254, la Corte también revisó la constitucionalidad del TLC suscrito entre Colombia e Israel el 30 de

38 *Ibid.*

39 Constitución Política, art. 58, inc. 4 (original).

40 Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 22 de agosto de 1996.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 14 de agosto de 1996.

42 Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 23 de enero de 1997.

43 Corte Constitucional. Sentencia C-494 de 15 de septiembre de 1998.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019.

septiembre de 2013, revisión que abarcó, para nuestro interés, el capítulo 10 dedicado a la protección de inversiones⁴⁵. Tal como se verá en la presente sección, ambas providencias reflejan un cambio radical frente a la forma en que la Corte tradicionalmente había acometido la revisión constitucional de los AI. Dado que la sentencia C-254 simplemente reitera la doctrina sentada por el alto tribunal en la sentencia C-252, por facilidad nos referiremos únicamente a esta última. Nuestras conclusiones, con todo, aplican igualmente para ambas providencias.

3.1. Alcance del control de constitucionalidad sobre los acuerdos internacionales de inversión

La Corte, de entrada, se ocupa de definir el “[a]lcanche del control de constitucionalidad”, fijando así las bases sobre las cuales posteriormente procede a evaluar cada una de las disposiciones del tratado⁴⁶. Según la alta corporación, de manera recurrente la Corte ha señalado que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales tiene carácter eminentemente jurídico y no comprende un juicio sobre la conveniencia del tratado, esto es, sobre las razones económicas, sociales y políticas que sirvieron de fundamento al Presidente para su celebración. Esta tesis, sigue la Corte, se ha sustentado en cuatro razones principales: la legitimidad democrática de las ramas ejecutiva y legislativa, la competencia técnica de ambas ramas, el carácter técnico de las reglas del derecho internacional de inversiones y la especialización de los tribunales a cargo de aplicarlas, así como la imposibilidad de anticipar dificultades que pueden emerger como resultado de la aplicación de los TBI⁴⁷.

Sin embargo, luego de señalar que varios intervinientes ante la Corte “debatieron” ese tradicional alcance del control de constitucionalidad⁴⁸, la corporación advierte que corresponde “revisar los fundamentos de la referida doctrina constitucional” conforme a la cual la revisión del juez constitucional es eminentemente jurídica⁴⁹. En primer lugar, la Corte señala que si bien el ejecutivo y el legislativo tienen a su cargo la dirección de las relaciones internacionales y la aprobación de tratados, respectivamente, la Corte, por su parte, tiene a su cargo la función de garantizar la supremacía de la Constitución⁵⁰. En ejercicio de tal función, ella puede, además, suplir las deficiencias deliberativas que llegaren a presentarse en el marco del proceso de aprobación de tratados por parte del Congreso, resultantes del hecho de

45 Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 6 de junio de 2019.

46 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párr. 43.

47 *Ibid.*, párr. 44.

48 *Ibid.*, párr. 52.

49 *Ibid.*, párr. 53.

50 *Ibid.*, párr. 54.

que el Congreso no tiene competencia para introducir modificaciones a los mismos, sino solo para aprobarlos o improbarlos “en bloque”⁵¹.

En segundo lugar, la Corte señala que el carácter técnico de las normas sobre derecho internacional de inversiones “no las exime de control de constitucionalidad, así sea bajo un mero estándar de razonabilidad”⁵². Además, aunque el contenido normativo de tales normas debe ser determinado por los negociadores y en especial por los tribunales encargados de su aplicación, en tanto que dicho contenido pueda tener relevancia constitucional, corresponde a la Corte verificar que el mismo sea compatible con la Constitución⁵³. Finalmente, dado que actualmente existen más de 3.000 AII en el mundo⁵⁴, que el número de controversias sobre la materia se ha incrementado exponencialmente en los últimos años⁵⁵ y que Colombia en tiempos recientes ha sido objeto de demandas por el supuesto incumplimiento de tales tratados⁵⁶, ya no es del todo cierto que resulta imposible prever las consecuencias que pueden resultar de la aplicación de los AII. Por el contrario, “en la actualidad son parcialmente perceptibles los efectos prácticos de estos instrumentos internacionales, en atención a las variadas interpretaciones atribuibles a las cláusulas que los integran”⁵⁷.

Por las anteriores razones, la Corte concluye que el control de constitucionalidad supone: (i) balancear, de una parte, su función de guarda de la Constitución y, de otra, la especial deferencia que la misma carta política le otorga al Presidente y al Congreso en materia de tratados internacionales; (ii) tener en cuenta los contenidos y alcances que las partes y los tribunales internacionales han conferido a las disposiciones de los AII; (iii) efectuar un control constitucional “eficaz”, así como precaver y minimizar los riesgos que pueden resultar para Colombia al comprometer su responsabilidad internacional mediante la suscripción de AII⁵⁸. Así, la Corte anuncia que procederá a realizar un control de constitucionalidad basado en un “juicio de razonabilidad”⁵⁹, 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 finalidades”.

51 *Ibid.*, párr. 55.

52 *Ibid.*, párr. 56.

53 *Ibid.*, párr. 57.

54 *Ibid.*, párr. 59.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*, párrs. 59-63.

57 *Ibid.*, párr. 58.

58 *Ibid.*, párr. 64.

59 *Ibid.*, párr. 65.

Así las cosas, sin toda la claridad que pudiera desearse, la Corte deja entrever que la doctrina tradicional, conforme a la cual el control de constitucionalidad es meramente jurídico y no recae sobre la conveniencia del TBI, debe ser revisada para permitir a la Corte realizar un control de constitucionalidad “eficaz”. En particular, bajo su nuevo alcance el control de constitucionalidad implica ir más allá del simple tenor literal de las disposiciones del tratado y exige, en cambio, un análisis del contenido que los tribunales internacionales han atribuido a tales disposiciones, a fin de establecer si el mismo es compatible con la Constitución. A la postre, a lo largo de la sentencia la Corte realiza un ambicioso esfuerzo por identificar tendencias actuales y decisiones de los tribunales que se refieren a las mismas disposiciones incluidas en el TBI con Francia.

3.2. Efectos del control de constitucionalidad

Luego de precisar el alcance del control de constitucionalidad, la Corte anuncia que el mismo puede derivar no solo en la declaratoria de exequibilidad o inexecutable del tratado (o de algunas de sus cláusulas), sino también en la declaratoria de exequibilidad condicionada del tratado en el caso en que una determinada disposición admita varias interpretaciones, una o unas de las cuales es contraria a la Constitución⁶⁰. En tal caso, sigue la Corte, la declaratoria de exequibilidad condicionada debe ir acompañada “de la advertencia al Presidente de la República en relación con que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar el tratado deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una *declaración interpretativa conjunta* con el representante de la(s) otra(s) Parte(s) Contratante(s) respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con el tratado o su articulado”⁶¹.

En el pasado, como la propia Corte lo señala⁶², esa corporación había declarado la exequibilidad condicionada de ciertas disposiciones de algunos tratados, ordenando al Presidente realizar declaraciones interpretativas (unilaterales) para acoger el condicionamiento impuesto por ella⁶³. Como aspecto novedoso, en la sentencia bajo estudio la Corte señala que el Presidente, si desea insistir en la ratificación del tratado, debe propiciar la adopción de una declaración interpretativa, no unilateral, como las que había ordenado en el pasado, sino bilateral, esto es, de consuno con el otro Estado parte. En vista del carácter bilateral del TBI, la exigencia de una declaración interpre-

60 *Ibid.*, párr. 68.

61 *Ibid.*, párr. 68.

62 *Ibid.*, nota al pie 233.

63 Véase, a modo de ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-677 de 25 de septiembre de 2013.

tativa conjunta ciertamente asegura que los condicionamientos de la Corte sean atendidos, cosa que no ocurre con las declaraciones unilaterales⁶⁴. Con todo, al igual que como ocurre con las reservas en tratados bilaterales⁶⁵, las órdenes de la Corte sobre la adopción de declaraciones interpretativas conjuntas conducen en la práctica a una solicitud de renegociación del tratado, máxime cuando la mayoría de condicionamientos del alto tribunal, vistos objetivamente, se dirigen en realidad a modificar su contenido, antes que simplemente a precisarlo.

3.3. Aplicación del nuevo estándar de revisión de constitucionalidad de los tratados de inversión para proteger el derecho a la igualdad

Como se pasa a observar, el nuevo alcance otorgado al control de constitucionalidad de los AII se termina reflejando en la imposición de una serie de condicionamientos a ciertas de sus disposiciones. Tales condicionamientos, en concepto de la Corte, se orientan a proteger principios y valores constitucionales que pueden resultar vulnerados de mantenerse el texto del tratado tal cual fue negociado por el Presidente y aprobado por el Congreso. Por ende, a fin de precaver interpretaciones que puedan vulnerar la Constitución, la Corte ordena al Presidente, en caso de querer persistir en la ratificación del tratado, propiciar la adopción de declaraciones interpretativas conjuntas con el gobierno de Francia que acojan los condicionamientos del alto tribunal. A continuación se estudia en detalle la forma en que la Corte aplica el nuevo estándar de control, particularmente en lo que atañe a la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

3.3.1. Constitucionalidad general del tratado: incorporación del principio de “no greater rights”

Luego de señalar que los objetivos del TBI, conforme se describen en su preámbulo, son compatibles con la Constitución⁶⁶ y que, de manera general, sus disposiciones son idóneas para alcanzar tales fines⁶⁷, la Corte pone de relieve que el tratado contiene varias disposiciones tendientes a “garantizar

64 En el caso de las simples declaraciones interpretativas, “el Estado simplemente ha indicado su visión sobre la interpretación del tratado, que puede o no ser la que será aceptada en algún procedimiento arbitral o judicial”. McRAE, D. *The Legal Effect of Interpretative Declarations*. En *British Yearbook of International Law*. Vol. 49, n.º 1, 1978, 60 (trad. libre); NELSON, M. *Declarations, Statements and ‘Disguised Reservations’ with Respect to the Convention on the Law of the Sea*. En *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 50, n.º 4, 2001, 775.

65 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párr. 67.

66 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párrs. 93-100.

67 *Ibid.*, párr. 101.

que la Parte Contratante ‘aplique’ al inversionista extranjero ‘un trato no menos favorable’ que el concedido al inversionista nacional”⁶⁸, mas no incluye disposición alguna que proteja “al inversionista nacional en el sentido de que las autoridades públicas, en el marco de la regulación y el tratamiento de la inversión, le otorguen un trato no menos favorable que el concedido al inversionista extranjero”⁶⁹. Esta omisión, dice la Corte, podría explicarse por dos razones: de un lado, desde el punto de vista normativo, la igualdad de trato a favor del inversionista local ya se encuentra garantizada directamente por la propia Constitución; de otro lado, desde una perspectiva histórica, los tratados de inversión surgieron fue con el objeto de proteger a los inversionistas extranjeros frente a tratos discriminatorios a favor de los locales, no al revés⁷⁰.

A pesar de lo anterior, la Corte afirma que existe la “necesidad de garantizar la igualdad de trato al inversionista nacional directamente” en los AII. Primero, si bien la Constitución consagra el derecho a la igualdad de los inversionistas locales, la Corte debe verificar que el contenido de los TBI garantice en efecto la existencia de igualdad de trato entre los inversionistas extranjeros y locales, a la vez que los tribunales internacionales no están obligados a aplicar la Constitución Política de Colombia, sino únicamente lo dispuesto en el respectivo tratado y en las demás fuentes de derecho internacional relevantes⁷¹. Segundo, la Corte advierte que “los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones consideran necesario que los AII también protejan al inversionista nacional en el sentido de que las autoridades públicas [...] otorguen un trato no menos favorable que el concedido al inversionista extranjero”⁷², en apoyo de lo cual se refiere a las legislaciones adoptadas por el Congreso de Estados Unidos y a la declaración interpretativa conjunta suscrita por la Unión Europea y Canadá en relación con el CETA, a las que se hizo alusión anteriormente⁷³.

Ante la ausencia de disposiciones análogas en el TBI, la Corte concluye que es menester declarar la “exequibilidad condicionada de este tratado y de su ley aprobatoria, 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”⁷⁴. Tal condicionamiento “busca impedir que las cláusulas de este tratado se interpreten de manera tal que se otorguen tratos más favorables injustificados al inversionista y a las inversiones francesas frente a los nacionales en

68 *Ibid.*, párr. 111.

69 *Ibid.*, párr. 112.

70 *Ibid.*, párr. 112.

71 *Ibid.*, párr. 113.

72 *Ibid.*, párr. 114.

73 *Ibid.*, párrs. 115 y 116.

74 *Ibid.*, párr. 120.

Colombia”⁷⁵, de tal manera que “todos los inversionistas, locales y extranjeros, en Colombia estén sometidos a la misma protección de sus inversiones, derechos y expectativas legítimas”⁷⁶, sin que “se derive responsabilidad internacional alguna para el Estado colombiano como consecuencia de actuaciones que garanticen este mandato del principio de igualdad”⁷⁷. En consecuencia, en caso de que el Presidente insista en la ratificación del TBI, deberá propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con Francia que acoja el condicionamiento impuesto por la Corte⁷⁸.

3.3.2. Constitucionalidad de la expresión “legítimas expectativas”

Una vez analiza la constitucionalidad general del TBI, la Corte procede a realizar el control de cada una de sus disposiciones. Al estudiar la constitucionalidad del artículo 4 del TBI, que se titula “Estándar mínimo de trato” y contiene los estándares de trato justo y equitativo (TJE) y protección y seguridad plenas (PSP), la Corte advierte que la disposición, “en términos generales”, es compatible con la Constitución⁷⁹. Sin embargo, advierte también que existen ciertas expresiones del citado artículo que “ameritan especiales consideraciones”, entre ellas, particularmente, la expresión “expectativas legítimas”⁸⁰. A este respecto, la corporación señala que la protección de las legítimas expectativas no es ajena al ordenamiento colombiano ni contraria a la Constitución, sino que, por el contrario, se encuentra justificada por los principios de buena fe y confianza legítima consagrados por el artículo 83 de la Carta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sigue la Corte, la protección de las expectativas legítimas es procedente “siempre que (i) se generen de buena fe como consecuencia de actos o comportamientos consecuentes y reiterados de las autoridades públicas y (ii) sean desconocidas por cambios abruptos e intempestivos atribuibles a las mismas”⁸¹.

No obstante, la Corte advierte que, tras la revisión de las decisiones de los tribunales de inversión, resulta evidente que la expresión “legítimas expectativas” no ha sido definida de manera uniforme por dichos tribunales, lo cual, para la Corte, genera la necesidad de concretar su alcance en el contexto del TBI, de manera que sus efectos sean previsibles, se asegure el principio de seguridad jurídica, su contenido se adecúe al estándar constitucional para la protección de las expectativas legítimas y se garantice “la igualdad (art. 13

75 *Ibid.*, párr. 121.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*, párr. 122.

79 *Ibid.*, párrs. 201-203.

80 De acuerdo con el artículo 4 del TBI, “Este trato [cláusula de TJE] es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas”.

81 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párr. 210.

de la CP) entre el inversionista foráneo y el inversionista nacional frente a la protección de sus expectativas legítimas relacionadas con sus inversiones”⁸². Así mismo, la delimitación del alcance de la noción es consistente “con los desarrollos recientes en el derecho internacional de inversiones al respecto”, que tienden a restringir el alcance del estándar de TJE y del concepto de expectativas legítimas⁸³.

En consecuencia, la Corte declara la exequibilidad de la expresión “expectativas legítimas” prevista en el artículo 4 del TBI, bajo la condición “de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, *teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que [sic] 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*”⁸⁴. Dado que el concepto de expectativas legítimas también es empleado en el artículo 6 del TBI en el contexto del estándar de expropiación, en particular como un elemento que es preciso considerar para establecer si existe una expropiación indirecta, la Corte impone el mismo condicionamiento a la constitucionalidad de la expresión “expectativas legítimas” en dicho artículo 6⁸⁵.

Así las cosas, como desarrollo del condicionamiento impuesto de manera general a la constitucionalidad del tratado, la Corte concluye que, a fin de preservar el derecho a la igualdad de los inversionistas locales, el estándar de protección de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros debe ser el mismo que el aplicable en tratándose de los inversionistas nacionales. El alto tribunal, entonces, además de exigir que las partes concreten el contenido de la noción “expectativas legítimas”, demanda que lo hagan observando la definición doméstica de tal noción desarrollada por el propio tribunal.

3.3.3. Solidez e implicaciones de las decisiones de la Corte para salvaguardar el principio de igualdad

En este punto, conviene analizar la solidez conceptual y las implicaciones de los condicionamientos que impone la Corte para salvaguardar el derecho a la igualdad de los inversionistas locales. A simple vista, la corporación simplemente acoge la tendencia moderna en materia de AII y la protección del derecho a la igualdad. Vista con más detenimiento, sin embargo, la decisión de la Corte hace mucho más que eso. En efecto, si se analiza la tendencia a la que ella alude se observa que los países desarrollados, más allá de proclamar

82 *Ibid.*, párr. 211.

83 *Ibid.*

84 *Ibid.*, párr. 212; resaltado fuera de texto.

85 *Ibid.*, párrs. 280 y 281.

que los tratados no generan tratos más favorables a favor de los inversionistas extranjeros, no se ocupan de asegurar que en la *práctica* los tribunales internacionales no interpreten los AII de una forma que confiera tratos más favorables a los inversionistas extranjeros, ni de verificar que *en efecto* los tratados reflejan los mismos estándares previstos en el derecho doméstico para la protección de los inversionistas locales⁸⁶. Así, pues, la regla del “*no greater rights*” ha tenido un significado político, antes que legal. Dicha regla no impone a los intérpretes verificar si los estándares del tratado, conforme están siendo interpretados, son compatibles con los estándares domésticos del Estado receptor de la inversión.

Pues bien, la Corte da un nuevo alcance a la tendencia moderna en materia de derecho de las inversiones, pues no solamente busca proclamar que el TBI no confiere mejores tratos a los inversionistas extranjeros, sino que persigue asegurar que en la práctica, al interpretarse y aplicarse el TBI, efectivamente los inversionistas extranjeros se sometan a los mismos estándares aplicables a los inversionistas locales bajo el derecho doméstico. De un lado, como los tribunales internacionales no se encuentran obligados a observar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 del texto superior, la Corte condiciona la constitucionalidad general del tratado a que se entienda 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”. De otro lado, la Corte impone a las partes que se precise el alcance del concepto de “expectativas legítimas” y que lo hagan teniendo en cuenta que las mismas solo serán reconocidas cuando cumplan las condiciones que para su procedencia se encuentran definidas en el derecho doméstico. Con todo, ese nuevo alcance no está exento de cuestionamientos y, como pasa a verse enseguida, puede ser fuente de no pocas dificultades para la aplicación e interpretación de los AII.

3.3.3.1. Los AII fueron concebidos para tolerar y, en ocasiones, promover, que los inversionistas reciban un trato más favorable que el de los inversionistas locales

Para comenzar, la Corte pasa por alto que buena parte del derecho internacional de las inversiones desde sus inicios estuvo concebida para tolerar –si

86 A modo de ejemplo, la Corte se refiere a la sentencia del *Conseil constitutionnel* francés en la que se declaró la constitucionalidad del CETA. Aunque señaló que los estándares sustanciales de protección previstos en el CETA “tienen el único propósito de garantizar a aquellos inversionistas [los extranjeros] los mismos derechos de los que benefician sus inversiones nacionales”, el *Conseil* no se ocupó de verificar si el contenido específico de tales estándares en realidad reproducía el contenido del derecho francés. Por el contrario, el *Conseil* simplemente se basa en la declaración interpretativa conjunta entre Canadá y la Unión Europea para concluir que “las estipulaciones del Capítulo 8 [del CETA] no crean ninguna diferencia en trato”.

es que no promover— que los inversionistas extranjeros recibieran tratos más favorables que los otorgados a los inversionistas locales. La mayoría de AII consagran estándares *relativos* de protección, que buscan asegurar que los inversionistas protegidos no sufran un trato menos favorable que el otorgado a los inversionistas locales (estándar de trato nacional) o a los inversionistas de otros países (cláusula de la nación más favorecida)⁸⁷. Dado su carácter relativo, para establecer la violación del trato nacional o de la cláusula de la nación más favorecida es imperativo comparar el trato que el derecho doméstico otorga a los locales y a los inversionistas de otros países⁸⁸. Empero, como aparece obvio, si la protección otorgada bajo el derecho doméstico es de suyo deficiente, los estándares relativos pueden resultar de poco alivio para los inversionistas extranjeros⁸⁹. A la sazón, además de los estándares relativos, los AII contemplan estándares *absolutos* de protección, cuya violación no depende de la existencia de un trato menos favorable que el otorgado a los demás inversionistas, sino de la transgresión de ciertas garantías con valor intrínseco y autónomo que deben ser observadas por los Estados⁹⁰.

Por ejemplo, el estándar mínimo de trato, que tiene su origen en el derecho consuetudinario⁹¹, surgió precisamente para garantizar que los inversionistas extranjeros tuvieran unas garantías *mínimas* que no pueden ser desconocidas por los Estados, lo cual es independiente de si los inversionistas locales, a su vez, también gozan de tales garantías mínimas⁹². En otras palabras, el Estado puede ser responsable internacionalmente aun cuando esté tratando a los inversionistas extranjeros de la misma forma que trata a los inversionistas locales, si ese trato resulta ser inferior a los estándares mínimos exigibles de conformidad con el derecho consuetudinario⁹³. De ahí que, en el ámbito

87 YANNACA-SMALL, K. *Fair and Equitable Treatment Standard*. En YANNACA-SMALL, K. (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues*. Oxford: Oxford University Press, 2010, 385.

88 HEPBURN, J. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 15.

89 GALLUS, N. *The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection*. En *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 6, n.º 5, 2005, 723.

90 HEPBURN, J. *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., 16.

91 ISLAM, R. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Singapur: Springer, 2018, 56.

92 Véase, para una presentación clásica de la idea de un trato mínimo, ROOT, E. *Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*. En *American Journal of International Law*. Vol. 4, n.º 3, 1910, 521-522.

93 “De hecho, cada vez que el derecho interno otorga un tratamiento inferior al mínimo establecido por el derecho internacional, este exige un tratamiento diferenciado y superior para los extranjeros”. MONTT, S. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, n.º 1, 2005, 69; KLÄGER, R., ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 285.

del derecho internacional público general, sea admitido que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁹⁴ y que “[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”⁹⁵.

La Corte irrumpe en la anterior realidad, que es propia de la naturaleza misma del derecho internacional público, y busca imponer que “todos los inversionistas, locales y extranjeros, en Colombia estén sometidos a la misma protección de sus inversiones, derechos y expectativas legítimas”, de modo que no “se derive responsabilidad internacional alguna para el Estado colombiano como consecuencia de actuaciones que garanticen este mandato del principio de igualdad”. Así, la protección sustancial otorgada por el AIJ queda sujeta a un nuevo requisito consistente en la constatación de que, bajo circunstancias similares, la misma protección hubiere estado disponible para los inversionistas colombianos con base en el derecho local, con lo cual, si se analiza a fondo, la decisión de la Corte tiene el efecto de eliminar los estándares absolutos de protección y convertirlos en estándares relativos cuyo contenido depende de la protección otorgada a los inversionistas locales.

3.3.3.2. En vez de “mejorar” el trato otorgado a los inversionistas locales, la Corte Constitucional optó por “empeorar” el otorgado a los inversionistas extranjeros

Si de lo que se trata es de asegurar que el derecho internacional no otorgue a los inversionistas extranjeros mejores derechos que aquellos de que gozan los inversionistas locales, la mejor forma de hacerlo no necesariamente es imponer que en el tratado se replique el contenido del derecho doméstico, como lo hace la Corte en relación con el concepto de las expectativas legítimas. A este respecto, algunas cortes constitucionales de países de la Unión Europea, como Austria, Italia y España, que han rechazado determinadas formas de discriminación “inversa” ocasionadas por la aplicación del derecho comunitario⁹⁶ por violar el principio de igualdad de las constituciones nacio-

94 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27.

95 Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, art. 3.

96 Se trata de casos en los que el derecho de la Unión Europea otorga a los ciudadanos de otros países de la Unión tratos más favorables que los aplicables a los productores domésticos bajo el derecho local, situación que ha sido tolerada bajo el entendido de que el derecho de la Unión no regula situaciones puramente internas, sino solo aquellas que comportan conductas que tienen lugar en el territorio de más de un Estado de la Unión. Véase European Court of Justice. 28 de marzo de 1979, *La Reine v. Vera Ann Saunders*, Caso 175/78, párr. 11. Sobre el tema, de forma general, véase POIARES, M. *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*. En SKIDMORE, P., NOVITZ, T. y KILPATRICK, C.

nales, han remediado tales discriminaciones, no por la vía de pretender que el derecho comunitario sea reformado para replicar el derecho doméstico, sino por la de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones nacionales que, aplicadas a los locales, terminan siendo fuente de las discriminaciones a favor de los extranjeros⁹⁷. En otros términos, para remediar las discriminaciones inversas, las cortes han extendido a los locales la protección que el derecho comunitario ofrece a los extranjeros.

Así, pues, si la Corte estimaba que el derecho internacional de las inversiones podía ser interpretado de manera tal que creara mejores derechos para los inversionistas extranjeros, lo que ha debido hacer es asegurar que los inversionistas locales tuvieran acceso a esos mejores derechos, para lo cual, por lo demás, el ordenamiento jurídico colombiano ofrece mecanismos constitucionales más que idóneos, como la acción de tutela y la acción de constitucionalidad. En otras palabras, los inversionistas colombianos han debido ser “mejorados”⁹⁸. No obstante, en vez de asegurar que todos, los locales y los extranjeros, se beneficiaran de los alegados mejores estándares de protección, la Corte optó por imponer la aplicación de los estándares más bajos de protección consagrados en el derecho local. Inversionistas locales y extranjeros fueron equiparados, sí, pero por lo bajo.

3.3.3.3. La Corte desconoció su propio test para establecer si los tratos diferenciados violan la Constitución

Bajo la jurisprudencia de la Corte, el hecho de que una legislación o, en este caso, un tratado otorgue a ciertos sujetos una mayor protección que a otros no determina indefectiblemente la violación del principio de igualdad consagrado en la Constitución. Sabido es que no todo trato diferenciado se encuentra proscrito por la carta política. A través de los años, la Corte ha “analizado extensamente la forma en que debe realizarse el análisis de constitucionalidad de una norma en virtud del supuesto desconocimiento del principio de igualdad”⁹⁹, y ha consolidado para ese fin el denominado “juicio integrado

(eds.), *The Future of Remedies in Europe*. Oxford: Hart, 2000, 117; IGLESIAS, S. *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?* En *European Constitutional Law Review*. Vol. 14, 2018, 7-36.

97 HANF, D. ‘Reverse Discrimination’ in EU Law: *Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice*. En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 18, n.º 1-2, 2011, 50.

98 Así ha sido propuesto por la doctrina chilena ante la constatación de que las reglas de expropiación indirecta previstas en los TBI suscritos por Chile otorgan a los inversionistas extranjeros derechos con que no cuentan los inversionistas locales. Véase MONTT, S. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos*, cit., 69 y 74.

99 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2 de marzo de 2016, para. 6.5.1.

de igualdad”¹⁰⁰, que se compone de dos etapas: en primer lugar, “se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*; es decir, *se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza*”¹⁰¹ y se “*define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales*”¹⁰². En segundo término, si se concluye que en efecto existe una diferencia, se procede a “*determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada*, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política”¹⁰³, para lo cual “se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin”¹⁰⁴.

En fin, la Corte tiene definido un test para establecer si un trato diferenciado es violatorio del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, test que, sin embargo, fue obviado en la sentencia bajo análisis. Como se advirtió, la Corte estima que el concepto de expectativas legítimas, conforme ha sido interpretado por los tribunales internacionales, puede terminar otorgando mejores derechos a los inversionistas extranjeros. Siendo así las cosas, lo que ha debido hacer, bajo su propia jurisprudencia, es determinar si la interpretación más favorable a los inversionistas extranjeros, analizada a la luz del test integrado de igualdad, era capaz de crear un trato diferenciado violatorio de la Constitución. Ha debido entonces, en primera medida, definir si los supuestos de hecho en que se encuentran los inversionistas extranjeros y los locales son comparables, y si se está ante “sujetos o situaciones de la misma naturaleza”, cosas ambas de suyo discutibles. Luego, bajo su propio test, ha debido establecer si en efecto existe, de hecho y de derecho, un trato desigual entre iguales. Y por último, en caso de responder afirmativamente a las anteriores cuestiones, ha debido establecer si el trato diferencial está “constitucionalmente justificado”, para lo cual habría tenido que considerar los fines perseguidos por los AII –fines que, de hecho, la Corte siempre ha encontrado legítimos– y los medios empleados para alcanzarlos.

100 Para una defensa extensa de la aplicación del denominado “test integrado de igualdad”, véase Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 31 de enero de 2001, párrs. 4-18. El test ha sido aplicado en numerosas ocasiones por la Corte. Véanse, entre muchas otras, las sentencias C-035 de 8 de febrero de 2016, C-015 de 23 de enero de 2014 y T-323 de 25 de mayo de 2015. Para una revisión de la jurisprudencia de la Corte, véase INSIGNARES-CERA, S. y MOLINARES-HASSAN, V. *Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana*. En *Vniversitas*. Vol. 61, n.º 124, 2012, 91-118.

101 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2 de marzo de 2016, para. 6.5.2; resaltado fuera de texto.

102 *Ibid.*; resaltado fuera de texto.

103 *Ibid.*; resaltado fuera de texto.

104 *Ibid.*

La alta corporación, sin embargo, ante la sola verificación de que el concepto de expectativas legítimas en el acuerdo de inversión *podría* llegar a ser interpretado de forma más favorable que en el derecho local para los inversionistas domésticos, optó por la extrema medida de imponer a las partes renegociar el tratado y, aún peor, de hacerlo con miras a replicar en el mismo el contenido del derecho doméstico colombiano. Si se estimaba que el derecho internacional de inversión creaba mejores derechos, ese no era el final, sino más bien el comienzo del análisis de constitucionalidad. Lo que ha debido la Corte, aplicando su jurisprudencia, es determinar si ese trato diferenciado encuentra justificación constitucional, cosa que se echa de menos. No es posible más que especular cuál habría sido el resultado de aplicar el test integrado de igualdad, pero sí existen razones para creer que no todo trato diferenciado entre inversionistas extranjeros e inversionistas locales debe ser considerado como atentatorio del principio de igualdad consagrado en la Constitución.

A este respecto resulta ilustrativo conocer el tratamiento de las discriminaciones “inversas” en el contexto de la Unión Europea a las que se hizo alusión con anterioridad. El derecho de la Unión Europea, concebido para regular conductas transfronterizas, esto es, conductas que tienen lugar en territorios de más de un Estado, puede derivar en la aplicación de estándares más favorables para ciudadanos de otros países de la Unión que los aplicables para los productores domésticos¹⁰⁵. Tal situación, conocida como “discriminación inversa”, ha sido tolerada¹⁰⁶ porque no es resultado de tratos discriminatorios contemplados en un *mismo orden legal*, sino de divergencias entre *dos órdenes legales* diferentes: el interno, de un lado, y el comunitario, del otro¹⁰⁷. Bajo esta lógica, las cortes alemanas usualmente se han rehusado a remediar discriminaciones inversas ocasionadas por el derecho comunitario a través de la aplicación del principio de igualdad consagrado en el derecho local, ora porque dicho principio no es aplicable en tratándose de órdenes legales diferentes, ora porque, aun siéndolo, se trata de situaciones –la doméstica y la transfronteriza– que no son comparables¹⁰⁸.

105 Ello se debe a que la Corte Europea de Justicia ha señalado que el derecho de la Unión Europea no es aplicable a situaciones puramente internas. Véase *supra*, nota 96.

106 Hay quienes consideran, sin embargo, que la discriminación inversa debe ser considerada como un problema del derecho comunitario, que, en cuanto tal, ha de ser resuelto por el sistema judicial de la Unión Europea. Véase TRYFONIDOU, A. *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*. En *Legal Issues of Economic Integration*. Vol. 35, n.º 1, 2008, 43-67. En contra, VERBIST, V. *Reverse Discrimination in the European Union. A Recurring Balancing Act*. Cambridge: Intersentia, 2017, 39-46.

107 BOGDANDY, A. Von. *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 6, n.º 3-4, 2008, 411.

108 HANF, D. 'Reverse Discrimination' in *EU Law*, cit., 52.

3.3.3.4. La decisión de la Corte riñe con la dinámica y la naturaleza propias de los acuerdos bilaterales de inversión

Como se mencionó, la Corte, sin antes siquiera seguir su propia jurisprudencia en relación con el test de igualdad, decidió imponer a las partes la adopción de una declaración interpretativa conjunta que acogiera la noción doméstica del concepto de expectativas legítimas. Amén de que tal decisión bien puede constituir una ilegítima intromisión de la Corte en las funciones constitucionalmente atribuidas al Presidente de la República, como lo anotó uno de los magistrados en su salvamento de voto¹⁰⁹, la misma hace abstracción de la naturaleza y características propias de los AII. Estos involucran al menos dos Estados, cuyos sistemas jurídicos, por regla, difieren entre sí. En tanto que los sistemas jurídicos de los Estados parte usualmente difieren entre sí, el objetivo de no otorgar mejores derechos a los inversionistas extranjeros es difícil –si no imposible– de alcanzar en la práctica, al menos para uno de los Estados.

Piénsese en el siguiente ejemplo. Mientras que el sistema legal de Canadá no contiene una disposición constitucional que salvaguarde los derechos de propiedad de los inversionistas¹¹⁰, la Constitución de Estados Unidos sí incluye una disposición para tal fin¹¹¹. Por ende, si un tratado bilateral entre ambos países replica la protección sustancial de que gozan los inversionistas de Estados Unidos, dicho tratado automáticamente conferirá a los inversionistas extranjeros en Canadá mejores derechos que aquellos de los inversionistas canadienses en su propio territorio¹¹². Otro ejemplo. En ciertos países, como en el Reino Unido, no es posible cuestionar las decisiones de la rama legislativa. Si un tratado bilateral, acogiendo lo dispuesto en otros sistemas jurídicos domésticos, sí permite que los inversionistas extranjeros cuestionen los actos del legislativo ante tribunales internacionales, ese tratado indefectiblemente estará creando para los inversionistas extranjeros en el Reino Unido mejores derechos que los de los inversionistas locales¹¹³.

109 Véase aclaración y salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo a la sentencia C-252 de 2019, párr. 5. Véase, en el mismo sentido, PONTÓN-SERRA, J. y PRIETO-RÍOS, E. *Acuerdos internacionales de inversión en Colombia*, cit., 185.

110 DE MESTRAL, A. y MORGAN, R. *Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?* CIGI Investor-State Arbitration Series, 2016, Paper n.º 4, 21.

111 En efecto, la Quinta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, ratificada en 1871, establece que “la propiedad privada no será expropiada para usos públicos, sin que se pague una compensación justa”.

112 GANTZ, D. *Investor-State Dispute Settlement in US Law, Politics and Practice: The Debate Continues*. CIGI Investor-State Arbitration Series, 2015, Paper 9, 15.

113 POULSEN, L., BONNITCHA, J. y YACKEE, J. *Costs and Benefits of an EU-USA Investment Protection Treaty*. En *LSE Enterprise*, 2013, 29. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf>

3.3.3.5. El estándar de revisión no es aplicado de forma uniforme respecto de todas las disposiciones del TBI

Una vez analizada la sentencia C-252 de 2019 en su integridad, no puede dejar de advertirse que el nuevo estándar de revisión de constitucionalidad, en lo que se refiere a la protección del derecho a la igualdad, no es aplicado con la misma rigidez frente a todas las disposiciones del TBI. Mientras que la Corte estudió con gran recelo algunas disposiciones del tratado para asegurarse de que no crearan mejores derechos para los inversionistas extranjeros, otras previsiones, que bien podrían ser fuente también de tratos más favorables, no merecieron la misma atención del juez constitucional. Basta mencionar los siguientes ejemplos.

Al igual que la gran mayoría de AII¹¹⁴, el TBI Colombia-Francia incluye una previsión que regula lo relativo a la expropiación “indirecta”¹¹⁵, que es aquella que se configura cuando el Estado adopta una o varias medidas que, aunque no implican la transferencia formal de los derechos de propiedad del inversionista, tienen un efecto equivalente al destruir el valor de la inversión o al privar a su propietario del manejo, uso o control de la misma¹¹⁶. Para la Corte, que reitera en este punto lo señalado en anteriores decisiones, la noción de expropiación indirecta en los AII es compatible con la Constitución, por cuanto se fundamenta en principios de valor constitucional como el de confianza legítima y buena fe (art. 83 CP)¹¹⁷. Empero, a diferencia de lo que hizo con la noción de “expectativas legítimas”, la corporación no analizó si el concepto de expropiación indirecta ha sido aplicado en el derecho doméstico colombiano y, si es que lo ha sido, bajo cuáles presupuestos. Consecuentemente, la Corte no estudió si la disposición sobre expropiación indirecta en el TBI, a la luz de las decisiones de los tribunales internacionales, puede dar lugar o no a tratos más favorables a favor de los inversionistas extranjeros y en detrimento de los locales¹¹⁸.

De hecho, es de suyo discutible que el derecho colombiano admita una figura como la expropiación indirecta¹¹⁹. De un lado, el artículo 58 de la

114 UNCTAD. *Expropriation*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2012, 8.

115 TBI Colombia-Francia, art. 6.

116 Véase, a modo de ejemplo, la definición de expropiación en el Anexo 9-B, numeral 3, del Transpacífico-Partnership (TPP).

117 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párrs. 276-279.

118 Por lo demás, una de las críticas recurrentes que en su momento se formularon contra el TLC con Estados Unidos consistió justamente en que el tratado, al consagrar la figura de la expropiación indirecta, violaba el derecho a la igualdad de los inversionistas domésticos. Véase RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D. ¿Es constitucional el TLC? En *Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, Dejusticia. N.º 1, 2007, 11.

119 Una conclusión similar se ha sostenido bajo el derecho chileno. Véase MONTT, S. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos*, cit., 74.

Constitución, que garantiza la protección de la propiedad privada, supone la existencia de una transferencia formal del título de propiedad del particular al Estado, esto es, solo regula supuestos de expropiación directa, como lo ha señalado la propia Corte¹²⁰. De otra parte, el Consejo de Estado no parece haber reconocido, al menos no de manera general, la admisibilidad de la figura de la expropiación indirecta. En ciertas decisiones¹²¹, atañederas específicamente a la “responsabilidad del Estado por la reglamentación general de los usos del suelo”, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha hecho referencia marginalmente al concepto de expropiación indirecta para aludir a “[a]quellas intervenciones que toca[n] el núcleo esencial de la propiedad privada, vaciándolo completamente de contenido”¹²². Tales decisiones, en todo caso, se relacionan con un supuesto particular en que el derecho de propiedad puede resultar lesionado a pesar de no existir una transferencia propiamente dicha del título de propiedad, cual es la expedición de reglamentaciones relativas al uso del suelo, sin que se pueda evidenciar en ellas la intención de elaborar una categoría general de expropiación indirecta. Por lo demás, otras decisiones del Consejo de Estado parecen negar la existencia de expropiaciones ante decisiones estatales fundadas en motivos de interés general, como la garantía de un medio ambiente sano¹²³.

En definitiva, aun si se admitiera que la categoría de expropiación indirecta tiene cabida en el derecho colombiano, lo cierto es que los presupuestos y límites de la misma no han sido objeto de mayor desarrollo por parte del juez contencioso. Por supuesto, como emerge de lo dicho por la Corte en el ámbito de las expectativas legítimas, una cosa es que una determinada figura sea admitida o pueda tener sustento en un determinado sistema legal, y otra, muy distinta, es que esa figura sea aplicada de la misma forma en el derecho doméstico y en el derecho internacional. Ante tal realidad, con mayor razón la corporación, para guardar consistencia en la aplicación de su nuevo estándar de revisión constitucional, ha debido identificar las características propias de la expropiación indirecta bajo el derecho colombiano y luego establecer si las mismas se condicen con el contenido del artículo 6 del TBI Colombia-Francia. Sin embargo, como se anotó, la Corte en este punto decidió relajar su estándar de revisión y aceptar la constitucionalidad de la disposición del

120 Véase Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 28 de enero de 2009, num. 3.6.10.

121 Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia de 19 de septiembre de 2019, rad. 47126; sentencia de 24 de mayo de 2017, rad. 41370; sentencia de 10 de agosto de 2016, rad. 38532; sentencia de 18 de abril de 2016, rad. 37495; sentencia de 24 de febrero de 2016, rad. 36832.

122 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de septiembre de 2019, rad. (47126).

123 Véase Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 19 de diciembre de 2005, rad. 1995-4761 01 (7591).

TBI sobre expropiación indirecta sin corroborar si los inversionistas locales cuentan con una protección análoga.

El segundo ejemplo se relaciona con el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Al igual que la mayoría de AII, el TBI Colombia-Francia consagra el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS), por el cual los inversionistas protegidos tienen la posibilidad de demandar a los Estados receptores de sus inversiones ante tribunales arbitrales internacionales para alegar la violación de los estándares sustanciales de protección previstos en el tratado¹²⁴. ISDS en particular ha sido objeto de numerosas críticas que no es del caso analizar para los fines de este trabajo¹²⁵. Sin embargo, conviene destacar que una de ellas consiste justamente en que los inversionistas locales no cuentan con un derecho de acción análogo para demandar al Estado ante tribunales arbitrales internacionales, lo que determina la existencia de un trato más favorable para los inversionistas extranjeros¹²⁶. De hecho, en 2011, cuando Australia tomó la decisión de no incluir ISDS en sus AII –decisión que, en todo caso, fue después atemperada cuando se produjo el cambio de gobierno–, lo hizo argumentando que “los procesos de solución de controversias no deberían otorgar a los inversionistas extranjeros en Australia acceso a opciones de litigio que normalmente no son otorgadas a los inversionistas locales”¹²⁷.

Pues bien, no obstante que ISDS no se encuentra disponible para los inversionistas locales, la Corte, al pronunciarse sobre la constitucionalidad general del tratado, señala que el “mandato de trato igualitario a los inversionistas y a las inversiones locales en su propio país y la prohibición de discriminación en su contra *se refiere únicamente a cláusulas sustantivas previstas en los AII*”¹²⁸; esto es, señala que su mandato igualitario no se extiende a las disposiciones procesales del tratado. Esta decisión se justifica en tres argumentos. Primero, dice la Corte, en tratándose de las reglas sobre solución de controversias el juicio de igualdad se efectúa entre los inversionistas extranjeros en los

124 TBI Colombia-Francia, art. 15.

125 Para una revisión detallada de las críticas contra ISDS véase ÁLVAREZ, G. M., BLASIKIEWICZ, B., KOUTOUZI, K., VERDEGAY MENA, A., MITSU, M., SPITERI-GONZI, E., VAN HOOLWERFF, T. y WILLINSKI, P. *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*. En *Journal of International Arbitration*. 33, 1, 2016, 1-36. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/33.1/JOIA2016001>

126 GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion*. CIGI Investor-State Arbitration Series, 2017, Paper 17, 18; VAN HARTEN, G. *The EU-Canada Joint Interpretive Declaration/Instrument on the CETA Updated Comments*. Osgoode Legal Studies Research Paper 6, Vol. 13, n.º 2, 2017, 4; JOHNSON, L., SACHS, L. y SACHS, J. *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*, cit., 11.

127 TRAKMAN, L. *Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend?* En *Journal of World Trade*. Vol. 46, n.º 1, 2012, 90 (trad. libre).

128 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párrs. 119 y 377; resaltado fuera de texto.

países receptores, vale decir, entre los inversionistas franceses que invierten en Colombia y los inversionistas colombianos que invierten en Francia¹²⁹. Segundo, como el tratado es recíproco, esto es, como el acceso a ISDS se encuentra garantizado tanto a los franceses en Colombia como a los colombianos en Francia, el trato otorgado es igualitario para unos y otros¹³⁰. Y tercero, la existencia de ISDS se encuentra justificada en las “finalidades globales” de los AII¹³¹. Al margen de si las anteriores razones son o no suficientes para justificar constitucionalmente la existencia de ISDS, la argumentación de la Corte no guarda consonancia con la forma en que esa corporación aplica su nuevo estándar de control frente a otras disposiciones del TBI.

Frente al primer argumento, es evidente que la Corte en este punto sí introduce algunos elementos del “test integrado de igualdad” que ha aplicado para establecer si los tratos diferenciados tienen justificación constitucional. En efecto, al concluir que en lo tocante a la solución de controversias los inversionistas franceses en Colombia no son comparables con los inversionistas colombianos en Colombia, sino que deben ser comparados con los inversionistas colombianos en Francia, lo que en últimas hace la Corte es establecer “si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza”, que es la primera etapa del test integrado de igualdad, como atrás se puso de relieve¹³². Así, en vez de concluir que la existencia de un trato diferenciado ameritaba por sí sola la intervención del juez constitucional, el alto tribunal en este punto sí tuvo a bien establecer si ese trato podía estar justificado constitucionalmente, por ejemplo, porque los sujetos objeto de comparación no se encuentran en situaciones comparables.

En cuanto al segundo argumento, que se encuentra muy ligado al primero, la Corte pasa por alto que la “reciprocidad” se predica –y se debe predicar– de todas las disposiciones del tratado, no solo de aquellas que tienen que ver con la solución de controversias¹³³. Tanto los inversionistas franceses en Colombia como los inversionistas colombianos en Francia son beneficiarios de los mismos estándares sustanciales de protección consagrados en el tratado, pero ello no fue óbice para que la Corte condicionara la constitucionalidad del tratado a que las partes emitieran una declaración interpretativa señalando 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”¹³⁴. No es claro, entonces, por qué

129 *Ibid.*, párrs. 119 y 377.

130 *Ibid.*, párr. 119.

131 *Ibid.*

132 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2 de marzo de 2016, para. 6.5.2.

133 Constitución Política, art. 226.

134 *Ibid.*, párr. 120.

la reciprocidad sí puede justificar un tratamiento diferenciado en lo que se refiere a la solución de controversias, pero no en lo tocante a los estándares de protección otorgados a los inversionistas.

Por lo demás, la reciprocidad a que se refiere la Corte no existe más que en el papel. Si bien los AII son redactados de forma recíproca, esto es, si bien formalmente otorgan los mismos derechos a los inversionistas de todos los Estados parte, históricamente dichos tratados fueron concebidos para proteger a los individuos que en realidad están en capacidad de invertir en otro país, a saber, como es obvio, aquellos provenientes de países desarrollados exportadores de capital¹³⁵. De forma correlativa, históricamente los países en desarrollo (como Colombia) no han concluido tratados de inversión con el objeto de mejorar la protección de sus inversionistas en el extranjero, sino de atraer la inversión extranjera necesaria para promover sus objetivos de desarrollo económico¹³⁶, situación que no fue diferente en el caso del TBI Colombia-Francia, como lo dejó registrado la Corte¹³⁷. Por ende, que las disposiciones del TBI hubieren sido redactadas de forma abstracta –incluyendo aquellas que regulan lo relativo a la solución de controversias– no asegura ni mucho menos que el tratado sea en realidad “recíproco”. Por diseño, el país en desarrollo, Colombia en este caso, es el que soporta el mayor riesgo de ser demandado ante tribunales bajo ISDS¹³⁸.

En cuanto al tercer argumento que usa la Corte para justificar la inclusión de ISDS, a saber, que el mismo “se encuentra justificado en las finalidades globales de estos instrumentos”¹³⁹, nuevamente se observa que la corporación, aquí sí, introduce elementos del “test integrado de igualdad” que ha desarrollado para juzgar si los tratos diferenciados tienen justificación constitucional. En efecto, como se anotó con anterioridad, la segunda etapa del test integrado de igualdad –que supone que ya se ha establecido que en realidad existe un trato que se pueda considerar como “diferenciado”– con-

135 “[C]ada tratado bilateral de inversión comienza con una declaración sobre el propósito del tratado. Usualmente se establece que tal propósito es la recíproca promoción y protección de inversiones. Esta declaración oculta el importante hecho de que el flujo que es contemplado es en realidad un flujo unilateral desde el Estado desarrollado hacia el Estado en desarrollo”. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 188 (trad. libre).

136 BONNITCHA, J., POULSEN, L. y WAIBEL, M. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, cit., 207; UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, cit., 1.

137 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, para. 83.

138 DODGE, W. *Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*. En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 39, 2006, 3. Bastante dicente a este respecto es el hecho de que a la fecha Colombia haya sido demandada en trece ocasiones, mientras que solo un inversionista colombiano ha hecho uso de ISDS –y no contra un país europeo o contra Estados Unidos, sino contra Chile, otro país de la región–. Véase: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/45/colombia/investor>.

139 Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, párr. 119.

siste en “*determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada*, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política”¹⁴⁰. La Corte en este punto, sin elaborar mayormente su argumentación acerca de cuáles son los fines constitucionales que supuestamente se alcanzan con la inclusión de ISDS, concluyó que los mismos justifican el trato diferenciado existente en materia de solución de controversias. En cambio, en tratándose de las disposiciones sustanciales la mera existencia de *posibles* interpretaciones más favorables a favor de los inversionistas extranjeros fue suficiente para que la Corte tomara la drástica decisión de condicionar la constitucionalidad del tratado e impusiera su renegociación, sin haberse detenido antes a analizar, como sí lo hizo con las disposiciones procesales, si ese posible trato más favorable podía tener alguna justificación constitucional.

CONCLUSIÓN

Si bien es evidente que la Corte aplicó su nuevo estándar de revisión con el propósito de proteger el derecho a la igualdad constitucionalmente protegido, no lo es menos que lo hizo de una forma que puede estar en disonancia con las características propias del derecho internacional de inversiones y con la propia jurisprudencia de la Corte. La alta corporación pasó por alto que, por diseño, el derecho internacional de inversiones tolera y en veces promueve la existencia de tratos más favorables para los inversionistas extranjeros, lo cual, a su vez, es consecuencia de que los órdenes internacional y doméstico, aunque necesariamente relacionados, son sistemas legales diferentes.

Además, si lo que se buscaba era garantizar la igualdad entre inversionistas extranjeros y domésticos, la Corte ha podido orientarse a extender a estos la protección de que gozan aquellos bajo los AII. Para alcanzar la tan deseada igualdad, la Corte ha debido “mejorar” el trato de los inversionistas locales; lo que hizo, en cambio, fue empeorar el de los inversionistas extranjeros. Igualmente, la Corte pasó por alto el “test integrado de igualdad” que ella misma ha desarrollado para establecer si los tratos diferenciados se encuentran constitucionalmente justificados.

Por último, por razones que no son fáciles de discernir, la Corte no aplicó de manera consistente y uniforme el nuevo estándar de revisión de los AII. Mientras que frente a ciertas disposiciones exigió con gran recelo que se garantizara el derecho a la igualdad –llegando a tomar la extrema medida de imponer la renegociación del tratado–, frente a otras, que también podían generar reparos desde la perspectiva de la igualdad entre extranjeros y locales,

140 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2 de marzo de 2016, para. 6.5.2; resaltado fuera de texto.

simplemente decidió relajar su estándar de revisión y admitir la existencia de potenciales tratos diferenciados a favor de los inversionistas extranjeros.

En fin, aunque puede celebrarse que la Corte haya adquirido conciencia de las posibles implicaciones constitucionales de los AII, existen serias dudas sobre la solidez conceptual y la conveniencia de las medidas que adoptó para la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ, G. M., BLASIKIEWICZ, B., KOUTOUZI, K., VERDEGAY MENA, A., MITSU, M., SPITERI-GONZI, E., VAN HOOLWERFF, T. y WILLINSKI, P. *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*. En *Journal of International Arbitration*. 33, 1, 2016, 1-36. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/33.1/JOIA2016001>
- BOGDANDY, A. von. *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 6, n.º 3-4, 2008, 397-413.
- BONNITCHA, J., POULSEN, L. y WAIBEL, M. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Comisión Europea. *Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TRIP)*. SWD (2015)3 final, 13 de enero de 2015, 14. Disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf
- DE MESTRAL, A. y MORGAN, R. *Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?* CIGI Investor-State Arbitration Series, 2016, Paper n.º 4.
- DODGE, W. *Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*. En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 39, 2006, 1-37.
- GALLUS, N. *The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection*. En *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 6, n.º 5, 2005, 711-730.
- GANTZ, D. *Investor-State Dispute Settlement in US Law, Politics and Practice: The Debate Continues*. CIGI Investor-State Arbitration Series, 2015, Paper n.º 9.
- GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion*. CIGI Investor-State Arbitration Series, 2017, Paper n.º 17.
- HAMAMOTO, S. *Debates in Japan over Investor-State Arbitration with Developed States*. CIGI Investor-State Arbitration, 2016, Paper n.º 5.
- HANF, D. *'Reverse Discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice*. En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 18, n.º 1-2, 2011, 29-61.

- HEPBURN, J. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- IGLESIAS, S. *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?* En *European Constitutional Law Review*. Vol. 14, 2018, 7-36.
- INSIGNARES-CERA, S. y MOLINARES-HASSAN, V. *Juicio integrado de constitucionalidad. Análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana*. En *Vniversitas*. Vol. 61, n.º 124, 2012, 91-118.
- ISLAM, R. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Singapur: Springer, 2018.
- JOHNSON, L., SACHS, L. y SACHS, J. *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*. CCSI Policy Paper, 2015.
- JOHNSON, L. y VOLKOV, O. *Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law*. En *The American Review of International Arbitration*. Vol. 24, n.º 3, 2013, 361-415.
- KAUSHAL, A. *Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 50, n.º 2, 2009, 491-534.
- KLÄGER, R. *‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- KLEINHEISTERKAMP, J. y POULSEN, L. *Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals*. GEG & BSG Policy Brief, 2014.
- MCRÆE, D. *The Legal Effect of Interpretative Declarations*. En *British Yearbook of International Law*. Vol. 49, n.º 1, 60, 1978, 155-173.
- MONTT, S. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, n.º 1, 2005, 19-78.
- NELSON M. *Declarations, Statements and ‘Disguised Reservations’ with Respect to the Convention on the Law of the Sea*. En *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 50, n.º 4, 2001, 767-786.
- NEWCOMBE, A. y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
- POHL, J., MASHIGO, K. y NOHEN, A. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*. OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing.
- POIARES, M. *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*. En SKIDMORE, P., NOVITZ, T. y KILPATRICK, C. (eds.), *The Future of Remedies in Europe*. Oxford: Hart, 2000.

- POLANCO, R. *The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine*. En *ICSID Review*. Vol. 30, n.º 1, 2015, 172-193.
- POULSEN, L., BONNITCHA, J. y YACKEE, J. *Costs and Benefits of an EU-USA Investment Protection Treaty*. En *LSE Enterprise*, 2013.
- RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D. ¿Es constitucional el TLC? En *Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, Dejusticia. N.º 1, 2007.
- ROOT, E. *Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*. En *American Journal of International Law*. Vol. 4, n.º 3, 1910, 521-522.
- SCHILL, S. *Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*. En *Journal of International Economic Law*. Vol. 20, n.º 3, 2017, 652-657.
- SCHÖNBERG, S. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- TRAKMAN, L. *Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend?* En *Journal of World Trade*. Vol. 46, n.º 1, 2012, 83-120.
- TRYFONIDOU, A. *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in an Citizens' Europe*. En *Legal Issues of Economic Integration*. Vol. 35, n.º 1, 2008, 43-67.
- UNCTAD. *Expropriation*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2012.
- UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. UNCTAD/ITE/IIA/2. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2000.
- VAN HARTEN, G. *The EU-Canada Joint Interpretive Declaration/Instrument on the CETA Updated Comments*. Osgoode Legal Studies Research Paper 6. Vol. 13, n.º 2, 2017.
- VERBIST, V. *Reverse Discrimination in the European Union. A Recurring Balancing Act*. Cambridge: Intersentia, 2017.
- YACKEE, J. *New Trade Agreements Don't Need ISDS*. CATO Unbound, 19 de mayo de 2015. Disponible en: https://www.cato-unbound.org/2015/05/19/jason-yackee/new-trade-agreements-dont-need-isds#_edn1
- YANNACA-SMALL, K. *Fair and Equitable Treatment Standard*. En YANNACA-SMALL, K. (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ZEYL, T. *Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law*. En *Alberta Law Review*. Vol. 49, n.º 1, 2011, 203-235.