

DANIEL RIVAS RAMÍREZ

*El derecho internacional de las inversiones,  
otro de los desaires de la jurisprudencia  
constitucional colombiana*

SUMARIO: I. Jerarquía intuitiva del derecho internacional de inversiones en la jurisprudencia constitucional colombiana. A. Caracterización de la jurisprudencia en materia del derecho internacional de inversiones. B. Tipología normativa enunciada por la Corte Constitucional. C. La jerarquía normativa de las disposiciones del derecho internacional de las inversiones. 1. Límites constitucionales infranqueables reconocidos por la jurisprudencia constitucional. 2. Declaratorias de inexecutable parcial de los tratados y la necesidad de llevar a una reforma constitucional para su ingreso al ordenamiento nacional. 3. Exclusión de las normas del bloque de constitucionalidad. 4. Mandatos de optimización para autoridades locales. 5. La puntada final que resuelve el embrollo jerárquico de las normas internacionales contenidas en tratados internacionales. II. Justificaciones de su naturaleza infraconstitucional. III. Reglas judiciales para la resolución de conflictos normativos. A. Conflictos normativos entre normas internacionales y normas legales. B. Conflictos normativos entre normas internacionales y normas infralegales. C. Conflictos normativos entre normas internacionales sobre la misma materia. IV. Un error imperdonable, la desatención en torno a las normas internacionales sobre inversión dentro del sistema normativo nacional.

RESUMEN: La jurisprudencia constitucional colombiana en materia del derecho internacional de inversiones es bastante escasa en comparación con otras ramas del derecho internacional público. En cualquier caso, con fundamento en las providencias existentes, es factible identificar algunos elementos de análisis con relación a la jerarquía y naturaleza que tienen estas normas dentro del ordenamiento jurídico nacional. Así, este artículo pretende presentar de manera sencilla y clara cuál es el papel que la Corte Constitucional de Colombia le ha reconocido al derecho internacional de inversiones, así como la forma en la que se han resuelto los conflictos normativos a los que ha habido lugar con relación a él.

*Palabras clave:* derecho internacional de las inversiones, derecho interno, jurisprudencia constitucional, Corte Constitucional, Colombia, jerarquía normativa, conflictos normativos.

ABSTRACT: There is a bare Colombian Constitutional jurisprudence regarding the International Investment Law, especially when it's compared to other branches of Public International Law. In any case, those short judgments it is able to identify some elements for the analysis regarding its hierarchy and nature inside our normative national system. This way, this article aims to present

in a simple way which is the role that the Constitutional Court has given to these type of law in the national system and how the normative conflicts has been taken care of.

*Key words:* International Investment Law, National law, constitutional jurisprudence, Constitutional Court, Colombia, normative hierarchy, normative conflicts.

## INTRODUCCIÓN

Aunque el derecho internacional de las inversiones no ha tenido la relevancia constitucional que poseen otras ramas del derecho internacional, como es el caso del derecho territorial o el derecho internacional de los derechos humanos, se trata de un régimen complejo, tanto así que Koskenniemi lo ha definido como un régimen exótico y altamente especializado<sup>1</sup>. Si bien es cierto que esta podría ser esa la razón por la que ha pasado un tanto (mucho) inadvertido, otras causas podrían estar relacionadas con factores temporales e incluso por el mismo voluntarismo estatal, tan característico de la comunidad internacional<sup>2</sup>.

Por ello, no se puede perder de vista que el reconocimiento del derecho internacional de las inversiones como una subrama del derecho internacional económico y por tanto del derecho internacional público es relativamente reciente. Es innegable que existían algunos vestigios de la regulación sobre inversión extranjera en los tratados de amistad, comercio y navegación. Sin embargo, no fue sino hasta 1959, y después de numerosos avances conceptuales y doctrinarios en la materia como la Doctrina Calvo y la fórmula Hull, que con el Acuerdo de Protección y Promoción a la Inversión (APRI), firmado entre Alemania y Pakistán, se empezó a hablar como tal del derecho internacional de las inversiones<sup>3</sup>. Y, definitivamente, no se consolidó como un complejo y

---

1 KOSKENNIEMI, MARTTI (2006). Fragmentation of international Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. A/CN.4/L.682, 13 April, p. 11.

2 Si bien somos conscientes de que el voluntarismo estatal puede llegar a ser entendido como un principio del derecho internacional, en esta ocasión hacemos referencia a él en el sentido en que la estructuración misma del sistema internacional y las disposiciones que lo conforman no son otra cosa que manifestaciones de una conducta conveniente y estratégica de cada Estado, que si bien es legítima, puede ser contraproducente por incluir en ella una serie de intereses ocultos a los pueblos.

3 Sobre los antecedentes y la consolidación de la protección y la promoción de la inversión extran-

especializado orden jurídico sino hasta después de la década de 1980, cuando empezó un impresionante fenómeno de proliferación de este tipo de tratados, que al día de hoy llegan a superar los 3.000 acuerdos<sup>4</sup>.

Por otra parte, también es imperativo tener en cuenta que tradicionalmente la lectura que se le ha dado al derecho internacional de las inversiones ha sido la de una herramienta para fomentar el desarrollo económico de los países menos desarrollados<sup>5</sup>. A fin de cuentas, esa suele ser una de las formas “más efectivas” para promover las relaciones internacionales económicas de los Estados y asegurar el ingreso de capital extranjero en la economía nacional. A pesar de ello, y en especial en aras de centrarnos en el tema, resulta oportuno plantearnos algunas preguntas desde la perspectiva crítica del derecho internacional de las inversiones para ver si en efecto debería ser un tema que no genere resonancia y produzca interés para los operadores jurídicos constitucionales. ¿Los APRIS son sinónimos de desarrollo? ¿En realidad hay un ingreso y permanencia de capital extranjero que genere crecimiento económico en el país? ¿No hay un enfrentamiento entre los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento nacional y por este tipo de tratados? ¿Ese deseo de cooperación es una justificación suficiente para el desenfrenado interés de los Estados desarrollados en firmar estos acuerdos? Naturalmente, este no será el espacio para dedicarle a responder de manera detallada estas preguntas. Esperamos, en cambio, que ellas sirvan como abre bocas para un interrogante aún mayor sobre si el derecho internacional de las inversiones tiene o no una incidencia en el ordenamiento nacional.

---

jera, ver: PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO (2011). BIT y la Constitución colombiana de 1991: Internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, enero-junio, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 109-143.

- 4 Hemos optado por tomar una de las cifras más conservadoras por cuanto en este punto nos referimos estrictamente a los Apris. De acuerdo con la fuente, el cómputo de estos tratados varía, en particular porque hay quienes incluyen dentro de la categoría específica a aquellos acuerdos comerciales que contemplan un capítulo o algunas disposiciones sobre la regulación de las inversiones extranjeras. CAMPOS, RICARDO (2014). Resisting Economic Globalization. *Critical Theory and International Investment Law. Int J Constitutional Law*; 12 (3): 827-832.
- 5 Es importante tener en cuenta que igual esta conceptualización del derecho internacional de las inversiones es propia de la lectura clásica del derecho internacional económico como rama autorreferencial de derecho internacional que toma en consideración únicamente factores económicos. Prueba de ello es que es la forma en la que la han explicado organizaciones internacionales y programas como el Banco Mundial, la OCDE, el FMI y la UNCTAD. Al respecto se puede ver una interesante reflexión sobre cómo debe y cómo ha cambiado esa conceptualización en: MANN, HOWARD (s. f.). Reconceptualizing International Investment Law: Its role in sustainable development. En *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17:2, pp. 522-544.

Habría que decir, para empezar, que en realidad nos enfrentamos a un orden normativo que en efecto tiene una serie de efectos sobre cada uno de los Estados. Una primera esfera en la que tiene un impacto evidente es la económica. Sin embargo, también hay una fuerte incidencia en el campo jurídico. Para ello, presentaremos de manera breve y esquemática algunos de los principales efectos que ha tenido esta rama en un escenario macro y que afectan a los Estados en general de manera directa (el derecho internacional público) y los huellas que ha tenido en un escenario que llamaremos micro (el ordenamiento jurídico colombiano).

En lo que respecta al escenario macro, sólo tres de los grandes cambios que han sido motivados (o, más bien, llevados a cabo) por el derecho internacional de las inversiones. En primer lugar, está lo que para Schneidermann ha sido la aparición de una nueva forma de derecho trasnacional que tiende a la neoliberalización de todos los Estados, lo que prorroga la división entre sur y norte global<sup>6</sup>. Por otra parte, el derecho internacional de las inversiones ha llevado a que se debata la naturaleza de las empresas multinacionales como sujetos del derecho internacional por cuanto de él surgen obligaciones internacionales para ellas<sup>7</sup>. Finalmente, un último cambio que tiene origen en ese cambio de naturaleza de las empresas y que ha tenido un fuerte impacto es la aparición de los tribunales internacionales de arbitraje de inversión y la posibilidad de la demanda directa al Estado receptor por parte del inversionista.

Ahora, con relación al estadio “inferior”, en nuestro ordenamiento nacional se encuentra serias evidencias de esa incidencia del derecho internacional de inversiones. En particular, debido a que a raíz de él, se han promovido reformas constitucionales e, incluso, en algunos casos, los APRIS han tenido impactos jurídicos en el ordenamiento, lo que ha genera alteraciones constitucionales no legítimas<sup>8</sup>.

---

6 SCHNEIDERMANN, DAVID (2013). Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law. *Palgrave Socio-Legal Studies Series*. Palgrave, pp. 91-103

7 Respecto a esta discusión, ver: ÁLVAREZ, JOSÉ E. (2011). Are Corporations subjects of International Law? 9 *Santa Clara Journal of International Law* 1, pp. 1-36.

8 Con relación al tema de las alteraciones constitucionales no legítimas, se puede ver la investigación de la profesora Magdalena Correa en la que argumenta que los tratados internacionales de contenido económico generan alteraciones, modificaciones e incluso mutaciones constitucionales que no son consentidas por el pueblo colombiano. Al respecto ver: CORREA, MAGDALENA (2016). *Armonización entre el constitucionalismo transformador y el derecho internacional económico desde adentro: el uso de las competencias constitucionales para el procedimiento de la incorporación de tratados*. En prensa.

A partir de lo anterior, en efecto existe una incidencia por parte del derecho internacional de las inversiones en el derecho nacional. De ahí que resulte apenas lógica la necesidad de evaluar y explicar en realidad cómo es que funcionan las relaciones entre ambos ordenamientos o, más bien, ver cómo es que se logran articular. Para ello, nos ocuparemos del estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana y trazaremos cuáles han sido las explicaciones y los tratamientos que le ha dado el juez constitucional. En particular, haremos un especial énfasis en el lugar que se le da dentro del sistema normativo nacional y, por tanto, identificaremos el modelo teórico de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno que ha acogido, si es que lo ha hecho, la Corte.

Para tales efectos, las páginas que siguen se dividirán en cuatro partes. En primer lugar, presentaremos de manera esquemática la lectura que ha dado la Corte Constitucional colombiana al derecho internacional de inversiones y la naturaleza normativa que le ha reconocido a sus disposiciones. Después, identificaremos y expondremos algunos de los casos en los que el juez constitucional pecó al omitir tomar en consideración las normas internacionales y en consecuencia vulneró compromisos internacionales al no reconocerle a esas normas un lugar dentro de nuestro sistema normativo. En un tercer momento, señalaremos las reglas judiciales que se han podido desprender de esa jurisprudencia para resolver los conflictos normativos surgidos entre normas de los diferentes ordenamientos, el nacional y el internacional. Así, finalmente, podremos identificar el modelo teórico al cual se ha acogido el intérprete constitucional y, en consecuencia, podremos “trazar” el orden del sistema normativo del derecho internacional de inversiones en Colombia.

## I. JERARQUÍA INTUITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El derecho internacional de las inversiones responde a unas características especiales que lo hacen un régimen técnico y complejo, por lo que se podría prever que para el juez constitucional es difícil entrar a pronunciarse al respecto. A pesar de ello, se esperaría que al menos, en lo que corresponde al lugar que ocupan estas normas dentro de nuestro ordenamiento, hubiese una posición clara y ojalá definitiva.

Con el objeto de presentar los hallazgos de la investigación sobre este primer punto (la jerarquía), nos proponemos a abordar el contenido de este acápite de la siguiente manera. En primer lugar, se caracterizará la jurisprudencia

constitucional sobre la materia, de forma que a la hora de revisar los pronunciamientos sobre la jerarquía se tenga un contexto sobre cómo y dónde es que se dan. Después, se detallará cuál es el catálogo normativo que compone, en principio, el derecho internacional de las inversiones y las categorías conceptuales que la Corte ha reconocido dentro de sus providencias. Así, teniendo en mente la gama de normas que entretejen esta rama del derecho, se podrá destacar cuál ha sido la ubicación que se les ha dado dentro del ordenamiento jurídico nacional y, posteriormente, los fundamentos que ha tenido el juez para hacerlo de esa manera.

#### A. CARACTERIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El derecho internacional de las inversiones no es un tema prevalente dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana, en especial, si se tiene en cuenta que de los pocos pronunciamientos con los que se cuenta, la mayoría son producto del examen automático de constitucionalidad que la Constitución y la ley colombiana exigen para todas las leyes aprobatorias de tratados internacionales. De hecho, de las 27 providencias que se estudiaron durante el transcurso de la investigación, tan solo tres o cuatro respondían a supuestos diferentes del control automático de constitucionalidad que señalamos<sup>9</sup>.

Adicionalmente, cabe destacar que la jurisprudencia sobre esta materia tradicionalmente no ha sido muy elaborada. En la mayoría de los casos, el juez constitucional remite y transcribe grandes porciones de las sentencias fundacionales sobre el derecho internacional de inversiones, sin añadir nuevos elementos de debate o sin reconocer la naturaleza dinámica de esta rama de derecho internacional. Por el contrario, y cada vez de modo más recurrente, se da una importancia sobresaliente al tema relacionado con los aspectos formales del proceso legislativo de la ley aprobatoria del tratado internacional y

---

9 En la información cuantitativa presentada en el capítulo sobre el análisis de resultados se relacionan tan solo 16 sentencias, por cuanto en esa ocasión sólo se tomaron en consideración aquellas providencias que se pronunciaban de manera exclusiva sobre la constitucionalidad de una norma de inversión o en la que el tema principal era ese. Es así como es importante señalar que en esta ocasión estudiamos esas 16 sentencias pero adicionalmente tuvimos en cuenta las sentencias que se pronunciaban sobre acuerdos comerciales, en lo relacionado con la inversión extranjera y otras acciones de inconstitucionalidad que tuvieron una relación directa con el tema.

se descuida por completo el examen material sobre la constitucionalidad de las normas internacionales sobre el tema.

Ahora bien, lo anterior constituye de entrada un claro obstáculo para que exista una conceptualización relacionada con el papel que ocupa este tipo de normas dentro de nuestro sistema, así como lo relacionado con la incidencia formal y material que tienen dentro de nuestro ordenamiento. A pesar de ello, hemos hecho un esfuerzo por extraer elementos de análisis de esa escasa elaboración del intérprete, con los que en las páginas siguientes intentamos ofrecer respuestas o, al menos, insumos para llegar a la pregunta central de este libro.

## B. TIPOLOGÍA NORMATIVA ENUNCIADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

En general, cuando la Corte se ha referido al derecho internacional económico ha hecho referencia a que se trata de normas jurídicas que surgen de tratados internacionales. Esto quiere decir que lo habitual es que se olvide de otras importantes fuentes como el derecho consuetudinario. Sin embargo, aunque en pequeña medida, la jurisprudencia constitucional sobre el derecho internacional de las inversiones reconoce de manera constante y reiterativa que se trata de una rama compleja. Por ejemplo, en la sentencia C-442 de 1996 se puede encontrar este razonamiento que marca una primera pauta referencial.

El régimen jurídico que regula las inversiones internacionales, en lo que atañe a su tratamiento, protección y garantía, es de carácter complejo, toda vez que involucra normas del orden interno del país receptor de la inversión (particularmente las normas de tratamiento) así como normas de derecho internacional público, de naturaleza convencional y consuetudinaria <sup>10</sup>.

Ahora bien, de lo anterior parecería claro que desde ya el juez constitucional empieza a hacer una diferenciación clara entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional. Podríamos aventurarnos incluso a decir que los reconoce como independientes, pero con cierto grado de complementariedad en lo que respecta a las inversiones internacionales. Pero lo que nos interesa es el reco-

---

<sup>10</sup> Extracto de la sentencia C-442 de 1996, que declara la exequibilidad de la Ley 267 de 1995 por la cual se aprueba el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y mediante el cual se constituyó el CIADI.

nocimiento de la presencia de normas de carácter consuetudinario dentro del régimen que regula la materia.

En concreto, podemos identificar al menos cuatro fuentes del derecho internacional de las inversiones que la Corte reconoce en su jurisprudencia y que de una u otra manera son tenidas en cuenta en la tarea de interpretación. Estas son los principios generales del derecho internacional económico, el derecho internacional económico consuetudinario, el *ius cogens* y, por supuesto, los tratados internacionales<sup>11</sup>.

Respecto a los principios generales, el juez constitucional ha reconocido su existencia e importancia dentro del andamiaje del derecho internacional de las inversiones al menos en tres sentencias<sup>12</sup>. En particular, se ha referido a ellos con relación a tratar de explicar y justificar las figuras relacionadas con los mecanismos de solución de diferencias de los problemas surgidos de los tratados que regulan la materia. En cambio, con relación al *ius cogens*, en una sola ocasión, al hablar del derecho de propiedad como un elemento (y tal vez el único en esta tema) perteneciente al bloque de constitucionalidad<sup>13</sup>.

En cambio, sobre el derecho consuetudinario, las menciones han sido un poco más amplias y diversas. En sentencias como la C-309 de 2007 y la C-157 de 2016, se reconoce el origen consuetudinario de una multiplicidad de instituciones de esta rama que hoy son parte de los tratados internacionales. Es el caso de la desueta doctrina o cláusula Calvo, la figura de la expropiación indirecta y las demás cláusulas tipo del derecho internacional de las inversiones<sup>14</sup>. Finalmente, con relación a los tratados internacionales, sólo cabe mencionar

---

11 Vale la pena señalar que si bien es cierto que para algunos autores y doctrinantes el *ius cogens* debe ser tratado dentro de la categoría conceptual del derecho consuetudinario, nosotros le damos un tratamiento diferenciado por cuanto consideramos que se trata de una especie cualificada y especial, en contraste con la costumbre.

12 Las sentencias a las cuales se hace referencia son la C-358 de 1996, que declara la exequibilidad parcial del acuerdo de promoción y protección a la inversión firmado con el Reino Unido, la otra es la C-169 de 2012, en la que declara la constitucionalidad del nuevo APRI con el Reino Unido. Finalmente, también se hace referencia al tema de los principios en la sentencia C-286 de 2015, en la que se hace lo mismo con el caso del acuerdo con Japón.

13 En esta ocasión, el pronunciamiento con relación al *ius cogens* se hizo en un salvamento de voto de los magistrados Julio César Ortiz, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes a la sentencia C-358 de 1996.

14 Vale la pena señalar que en algunas ocasiones pareciese que el juez constitucional confunde o trata de manera indistinta los principios del derecho internacional y el derecho consuetudinario. Al menos, sobre las cláusulas tipo, suele justificar su existencia desde la costumbre, pero también a veces reconoce que son manifestaciones de un principio general del derecho internacional de

que son altamente desarrollados en términos técnicos y por tanto se reconocen en todos los casos como una norma jurídica vinculante. Ahora bien, conviene resolver nuestra gran pregunta, al menos en cuanto a los tratados internacionales.

### C. LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

No se puede decir que en realidad haya un pronunciamiento expreso sobre la jerarquía que ocupan las normas del derecho internacional de inversiones dentro de nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, en toda la muestra de sentencias que se trabajó, tan solo en una se hace una mención explícita sobre la jerarquía, con la intención de descartar los acuerdos comerciales como parámetro de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte no se preocupa por hacer una diferenciación entre las fuentes del derecho internacional de inversiones a la hora de hacer una interpretación respecto a su ingreso en el sistema o en caso de conflicto con otras normas, al contrario, las trata como un solo bloque.

Para tales efectos, hemos decidido presentar las consideraciones sobre el tema relacionado con la jerarquía, a través de cuatro elementos de análisis de la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, señalaremos algunos límites infranqueables a los que la Corte les ha reconocido tal naturaleza debido a su reconocimiento expreso en la Constitución. Posteriormente, haremos referencia a lo que ha significado el conflicto normativo entre la Constitución y los acuerdos internacionales en materia de expropiación para ver el efecto normativo en el que se traduce. Adicionalmente, haremos énfasis en la figura del bloque de constitucionalidad en aras de ratificar la posición infraconstitucional de esta rama del derecho internacional.

#### I. LÍMITES CONSTITUCIONALES INFRANQUEABLES RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En primer lugar, haremos referencia a los límites constitucionales infranqueables que han sido reconocidos y desarrollados por nuestro juez constitucional. En esta primera categoría de razonamientos, incluimos aquellos temas que la Corte consideró especialmente importantes por tener origen en mandatos

---

las inversiones. En ocasiones, esta confusión puede ser tan fuerte que incluso se puede presentar en una misma sentencia como en la C-157 de 2016.

explícitos constitucionalmente consagrados y que, por tanto, ofrecen un reconocimiento parcial e inicial de la jerarquía que ocupan las normas del derecho internacional de inversiones con relación a nuestro ordenamiento doméstico.

Un primer elemento que viene siendo desarrollado desde las primeras sentencias de la Corte en la materia es aquel que reconoce como norma de ingreso al ordenamiento la cláusula de admisión contenida en el artículo noveno constitucional<sup>15</sup>. En concreto, el juez constitucional utiliza la sentencia C-358 de 1996 como parámetro de constitucionalidad, avalando la entrada de las normas de origen consuetudinario y principalístico recogidas en el tratado de inversión con Reino Unido a nuestro ordenamiento, por el hecho de ser el punto de partida de las relaciones internacionales del Estado por mandato constitucional.

Las disposiciones contenidas en los artículos 9° y 10 del Acuerdo sometido a la revisión de la Corte, no hacen sino reiterar el principio de Derecho Internacional consuetudinario según el cual el agotamiento de las vías judiciales internas es prerequisite para recurrir a cualquier forma de jurisdicción internacional. Según este principio, a menos que las partes acuerden otra cosa, los litigios referentes a inversiones internacionales deben ser resueltos por las cortes nacionales. En tanto principio de derecho internacional, en él se fundan las relaciones internacionales del Estado colombiano<sup>16</sup>.

Este primer pronunciamiento no es muy revelador con relación al lugar que ocupan las normas en nuestro sistema, sin embargo, trae un primer detalle que vale la pena tomar en consideración. El razonamiento del intérprete constitucional está fundado en que los principios del derecho internacional son vinculantes para el Estado en el sentido de que es la Constitución la que ordena que sean tenidos en cuenta como tales y no por los efectos que se derivan propiamente de su naturaleza jurídica en el escenario internacional. Esto quiere decir que si bien en abstracto podrían tener una jerarquía mayor que nuestra Constitución, en Colombia cobran efectos normativos sólo como consecuencia de ella.

---

15 Artículo 9°. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

16 Extracto de la sentencia C-358 de 1996, que declara la exequibilidad parcial de la Ley 246 de 1995 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Lo anterior se puede ver reforzado con la opinión de los magistrados Ortiz, Barrera Carbonell y Cifuentes, quienes salvaron voto en esa sentencia. En esa ocasión, ellos diferían de algunas de las consideraciones de la sala, sin embargo, reconocieron que había consenso con relación a la vinculatoriedad de los principios del derecho internacional, al manifestar que:

[...] es posible establecer una serie de principios sobre los que sí existe un consenso que determina que deban ser considerados como principios de derecho internacional consuetudinario, obligatorios para cualquier Estado, independientemente de su consagración en cualquier clase de instrumento de naturaleza convencional.

Por otra parte, en esa misma providencia, se puede identificar otro delator sobre la jerarquía normativa que tienen este tipo de normas y que posteriormente es desarrollada con mayor amplitud. Nos referimos a que el juez declara que bajo ninguna circunstancia la adopción de este tipo de tratados internacionales puede significar la modificación o limitación de atribuciones que han sido reconocidas constitucionalmente a diferentes órganos y entidades de naturaleza constitucional.

En primer lugar, la Corte señala una restricción inicial para las normas del derecho internacional de las inversiones, su sujeción a lo establecido en el artículo 100 de la Constitución. Esto quiere decir que los inversionistas extranjeros no pueden beneficiarse del tratado siempre que el legislador decida hacer uso de la atribución que le confiere esa disposición superior para restringir los derechos de los extranjeros. Así la sentencia fue clara al manifestar que:

Esta Corporación considera pertinente precisar, entonces, que las cláusulas de tratamiento nacional y de la nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros<sup>17</sup>.

Posteriormente, se restringen también las normas internacionales, supeditándolas a las facultades y poderes regulatorios exclusivos otorgados por la constitución. De hecho, este tipo de facultades y poderes son tan robustos que restringen también el margen de acción del Jefe de Estado. Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-008 de 1997 que:

---

<sup>17</sup> Extracto de la sentencia C-358 de 1996.

[...] dicha función —la de la dirección de las relaciones internacionales—, sin embargo, no puede comprometer la competencia exclusiva, también de orden constitucional, que el artículo 372 del mismo ordenamiento y la Ley Marco correspondiente le otorga a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de regulación de cambios y reservas internacionales.

Por último, se encuentra una clara limitación a los efectos normativos de los tratados internacionales en materia de inversión con relación a las reglas en materia de nacionalización y expropiación de las actividades y propiedades de los inversionistas extranjeros. Al respecto, para el juez constitucional, en sentencias C-358 y C-379 de 1996, aceptar la prevalencia de la norma internacional implicaría un atentado grave contra el Estado social de derecho que es Colombia:

Que en un Estado social de derecho, deba inhibirse el legislador de perseguir fines de interés público o de utilidad social, que el Constituyente le señala, en aras del estímulo a la inversión extranjera, es algo que pugna con la esencia de esa forma de organización política, plasmada en la Carta de 1991. El literal en cuestión es, pues, abiertamente transgresor de la letra y el espíritu de la Constitución<sup>18</sup>.

En la misma línea, el intérprete máximo de la Constitución hace referencia explícita a la importancia que tienen las competencias constitucionales consagradas, como la posibilidad de constituir monopolios en forma de arbitrios rentísticos por razones de interés general.

La ley aprobatoria de un tratado, y el tratado mismo, no pueden ser la vía expedita, para que el propio legislador consienta en inhibir las funciones que se le atribuyen en vista de los propósitos que signan el Estado social de derecho. Legitimar esos instrumentos como mecanismos idóneos para reformar la Carta, desvirtuando sus fines y paralizando las competencias que en función de ellos se han distribuido, equivale, ni más ni menos, que a desdibujar la forma de Estado que en buena hora decidió plasmar el Constituyente del 91, y por caminos tortuosos que no son precisamente los que la misma Constitución estableció para su reforma<sup>19</sup>.

---

18 Extracto de la sentencia C-379 de 1996, que declara la exequibilidad parcial de la Ley 245 de 1995 que aprueba el Convenio entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República de Cuba sobre promoción y protección recíproca de inversiones, suscrito en Santafé de Bogotá el 16 de julio de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

19 Sentencia C-379 de 1996.

Vale la pena mencionar que más adelante, al hablar sobre la resolución de conflictos normativos, haremos una referencia puntual sobre lo relacionado con la expropiación y la forma en la que la Corte resolvió el conflicto que acabamos de mencionar. Sin embargo, en este momento, conviene resaltar que esta posición sentada por el juez constitucional demuestra una clara prevalencia, o más bien, una mayor jerarquía por parte de los mandatos constitucionales sobre las normas contenidas en el derecho internacional de las inversiones.

Así, la Corte identifica y protege tres mandatos constitucionales frente a las disposiciones acordadas en los tratados internacionales. Se trata del caso de las facultades constitucionales para la restricción de derechos de los ciudadanos extranjeros, las facultades regulatorias en materia cambiaria del Banco de la República y la facultad legislativa que tiene el legislador con relación al establecimiento de arbitrios rentísticos. Entonces, de este primer grupo de consideraciones se puede concluir de manera inequívoca que las disposiciones constitucionales tienen una clara prevalencia sobre aquellas que tienen origen en el ordenamiento internacional. Esto quiere decir que al parecer, en un principio, podríamos atribuirle a estas últimas una naturaleza como menos, infraconstitucional.

## 2. DECLARATORIAS DE INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE LOS TRATADOS Y LA NECESIDAD DE LLEVAR A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA SU INGRESO EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Un segundo grupo de providencias importantes para la identificación de la jerarquía normativa de la que están revestidas las normas del derecho internacional de las inversiones y en particular aquellas consagradas en tratados internacionales son aquellas que han declarado la inexecutable parcial de los mismos. En concreto, hacemos referencia a cuatro providencias proferidas por el juez constitucional antes de la reforma constitucional al artículo 58 superior de 1999<sup>[20]</sup>.

En ese entonces, el artículo 58 establecía en sus últimos dos párrafos una modalidad particular de expropiación:

---

20 Estas cuatro providencias son las sentencias C-358 de 1996 (Acuerdo con Reino Unido), C-379 de 1996 (Cuba), C-008 de 1997 (Perú) y C-494 de 1998 (España).

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente<sup>21</sup>.

El constituyente colombiano reconocía una forma de expropiación que no requería una indemnización justa. Por su parte, los acuerdos con Reino Unido, Cuba, Perú y España disponían lo contrario. Siempre que mediase una expropiación, sería necesaria la indemnización justa correspondiente como medida para proteger los derechos de los inversionistas.

Por su parte, la Corte Constitucional se vio obligada a sentar un claro precedente constitucional en razón de este conflicto normativo. Al respecto, el juez constitucional apela fundamentalmente a dos argumentos. En primer lugar, retoma la lógica sobre la imposibilidad de reducir las facultades constitucionales reconocidas al legislador con ocasión de promover la inversión extranjera en el país. En adición, aprovecha y trae a colación el tema relacionado con la igualdad material y el artículo 13 de la Constitución, en el que se prohíbe la discriminación con base en criterios sospechosos.

Para efectos de ilustrar el razonamiento que ha tenido la Corte sobre la materia, transcribimos el resumen de los fundamentos contenidos en la sentencia C-379 de 1996, que fueron reiteradas de manera casi literal en todos los demás casos.

La cláusula sobre expropiación es inconstitucional al prohibir a las partes contratantes, de modo terminante, una forma de expropiación que el artículo 58 de la Constitución colombiana expresamente autoriza; igualmente por infringir el derecho a la igualdad y desconocer la constitución de monopolios. Ahora bien: es indudable que de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para

---

21 Artículo 58 (sin reformas) de la Constitución Política de Colombia, promulgada en 1991.

los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y además, específicamente, para los nacionales colombianos<sup>22</sup>.

Si bien volveremos sobre este conflicto normativo, vale la pena resaltar la importancia que tienen estas decisiones del juez constitucional con relación a la jerarquía normativa que ocupan las normas internacionales provenientes de los acuerdos de protección y promoción de la inversión extranjera. Tanto así que a raíz de estas declaratorias de inexecutable parcial se llegó a la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 1998.

Tan fuerte es la incidencia de los otros Estados, los inversionistas extranjeros, que debido a la fuerte presión que hicieron en el escenario nacional fue que se llegó a tal reforma. Un hecho tan real y tan dicente que la misma Corte Constitucional, en las sentencias C-294 de 2002 y C-309 de 2007, lo reconoce así.

Para la valoración con relación a la jerarquía normativa de las normas internacionales es necesario trascender las decisiones de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados sobre inversión extranjera, fundadas directamente en lo dispuesto por la constitución. Se vuelve imperativo tener en cuenta el hecho de que tuviese que gestarse y lograrse todo un *lobby* político para la reforma del texto constitucional para lograr la exclusión del único elemento que la misma Corte había identificado como un límite casi absoluto para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros. Gracias a esto, las normas internacionales sobre la materia siguen ostentando un carácter claramente infraconstitucional.

### 3. EXCLUSIÓN DE LAS NORMAS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, conviene hacer una referencia adicional a la sentencia C-750 de 2008<sup>[23]</sup> como menos, para ratificar su naturaleza infraconstitucional. Ya señalábamos que solo en una ocasión se encontraba una referencia explícita a la

---

22 Sentencia C-379 de 1996.

23 La sentencia C-750 de 2008 evalúa la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio firmado por Colombia y Estados Unidos. Resulta conveniente resaltar que aunque se trata de un pronunciamiento sobre un tratado eminentemente comercial y perteneciente al derecho internacional económico propiamente dicho, se tomó como referencia para este capítulo solo la parte relacionada con el capítulo 10 del acuerdo que regula lo relacionado con la inversión

jerarquía normativa de estas normas. Pues bien, en la sentencia ya referida, encontramos que el juez constitucional hace un esfuerzo por conceptualizar e identificar las normas que integran la figura del bloque de constitucionalidad. En esta ocasión, con relación a las normas de contenido económico y comercial, es decir, aquellas que versan sobre la inversión extranjera, establece de manera clara que se encuentran excluidas de tal bloque.

Por regla general los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y comercial no constituyen parámetros de constitucionalidad, por cuanto no despliegan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias, toda vez que dicha condición, como se ha explicado, se predica exclusivamente de los convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, en tanto el objeto de estos tratados corresponden a la ordenación de aspectos económicos, comerciales, fiscales, aduaneros, inversiones, técnicos, etc.<sup>24</sup>.

Lo anterior cobra aún mayor relevancia si adicionalmente tenemos en cuenta que antes ya algún magistrado de la Corte había reconocido y señalado que las normas internacionales de naturaleza comercial no constituían bajo ningún sentido un parámetro de constitucionalidad. Hacemos referencia a la aclaración de voto de Araújo Rentería en la sentencia C-961 de 2006, cuando manifestó que:

[...] reitero que la ley hizo una definición que cabe en su potestad de configuración. A mi juicio, la sentencia subraya el carácter voluntario del arbitramento, de manera que de escogerse esta opción, las partes deben saber que el tribunal y la ley aplicable es la colombiana. Cosa distinta es que pueda haber responsabilidad internacional del Estado colombiano que de todas maneras no puede dejar de cumplir la ley. Considero que el control de constitucionalidad no es para compatibilizar leyes, ni normas que no han sido demandadas. En mi opinión, el parámetro de control es la Constitución y ésta no hace referencia a tratados de índole comercial como los que se enunciaron en su momento en Sala Plena<sup>25</sup>.

---

extranjera y el acápite número 4.1 de las consideraciones de la Corte sobre los parámetros de constitucionalidad.

24 Extracto de la Sentencia C-750 de 2008 que declara la exequibilidad de la Ley 1143 del 2007 que aprueba el Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

25 Extracto de la aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería a la sentencia C-961 de

Si bien es cierto que en ambos casos se hace referencia explícita a las normas comerciales, debido al trato que la Corte Constitucional le ha dado en general a las normas pertenecientes al derecho internacional económico, nos tomamos la libertad de hacer extensiva la precisión sobre ellas. Con lo anterior, sumamos una razón más para defender la idea que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una naturaleza infraconstitucional a las normas internacionales sobre inversión.

#### 4. MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN PARA AUTORIDADES LOCALES

Hasta el momento sólo hemos visto pronunciamientos de la Corte de los que se puede extraer la naturaleza infraconstitucional de las normas del derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, ahora pretendemos señalar un par de ocasiones en los que la jurisprudencia ha ido un poco más allá y que permiten reconocer un carácter no solo menor al del rango constitucional sino también una naturaleza infralegal pero suprarreglamentaria. En concreto, encontramos dos tipos de providencias. Una primera, tendiente a ordenar el diseño y el rediseño de algunas medidas que promuevan la inversión extranjera. Otras dos que reconocen el derecho internacional consuetudinario en materia de inversión como una pauta para ese diseño.

Respecto a la orden de diseño, la sentencia C-309 de 2007 reconoció que los tratados internacionales en materia de inversión conllevan un compromiso internacional que implica un mandato especial para todas las autoridades locales. Esta conclusión a la que llega la Corte tiene origen en lo que ellos conciben como la finalidad general del acuerdo al afirmar que:

En general, las disposiciones del Acuerdo están diseñadas para crear condiciones favorables de inversión que atraigan el capital español, pero también que propicien la emisión de inversión nacional al país ibérico. Los mecanismos de promoción de las inversiones mutuas que promueve el acuerdo bajo estudio van desde la consolidación de escenarios de seguridad jurídica, que garanticen a los flujos de inversión las condiciones de estabilidad necesarias para asentarse en el país, hasta la concreción de mecanismos de resolución de conflictos que generen confianza

---

2006, mediante la cual se declaró constitucional el artículo 7 de la Ley 963 de 2005, por la cual se instaura un régimen de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

en el inversor respecto de posibles controversias surgidas con el Estado en que se inyecten los recursos<sup>26</sup>.

Ahora, en principio, lo anterior llevaría a inferir que del acuerdo surgiría una obligación de hacer directamente para el órgano legislativo, pues sería este el que estaría llamado a crear esas condiciones especiales y favorables. Sin embargo, la lectura que hace el juez constitucional sobre esta materia trasciende el ámbito nacional y reconoce que:

[...] de igual forma, el instrumento internacional bajo estudio compromete a las autoridades locales en el diseño de medidas concretas que faciliten el trámite de las inversiones, que agilicen la transferencia de los recursos destinados a sustentarlas y permitan la resolución efectiva de posibles controversias<sup>27</sup>.

De lo anterior, parece no haber otra opción que entender que el juez constitucional ha establecido un vínculo directo entre el acuerdo y las autoridades locales, convirtiéndolo en la hoja de ruta para los actos que desarrollen las mismas. En otras palabras, por un lado, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado termina quedando supeditado a un doble nivel, y, por el otro, terminan cobrando una naturaleza ya sea legal o infralegal, pero, en todo caso, suprarreglamentaria.

Adicionalmente, y aunque con esa sentencia parecería claro el nivel de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia, la Corte se pronunció también sobre el papel que ocupan las normas consuetudinarias con relación al mandato de diseño y ejecución establecido para todas las autoridades del Estado e inclusive para los particulares. Puntualmente, en las sentencias C-309 de 2007, C-157 y C-184 de 2016, el juez constitucional establece que las medidas comerciales y las condiciones creadas para la promoción y protección de la inversión extranjera no sólo tienen que estar acordes con el tratado sino también con el derecho internacional consuetudinario y otras leyes que hayan aprobado acuerdos internacionales sobre la materia.

---

26 Extracto de la sentencia C-309 de 2007, que declara la exequibilidad de la Ley 1069 de 2006 que aprueba el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho y firmado en Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 Sentencia C-309 de 2007.

Las disposiciones de la sección A se aplican a las medidas que adopte o mantenga el gobierno, las autoridades centrales o particulares en ejercicio de poderes delegados por el gobierno de una Parte respecto a los inversionistas de la otra Parte, a las inversiones cubiertas y a todas las inversiones en el territorio relativas a requisitos de desempeño y medio ambiente. [...] el cual deberá [refiriéndose al trato nacional y al trato de la nación más favorecida], en todo caso, estar acorde con el derecho internacional consuetudinario, que incluye “trato justo, equitativo y la protección y seguridad plenas”<sup>28</sup>.

Es decir, que en últimas el derecho internacional consuetudinario de las inversiones y en particular las disposiciones relacionadas con los principios de trato nacional y la nación más favorecida, resultan siendo normas multidimensionales en términos jerárquicos. En concreto, se hace una referencia expresa a la forma en la que se vuelven un parámetro de convencionalidad y legalidad para las medidas adoptadas en los ámbitos nacional, local y particular.

Finalmente, cabe destacar que lo anterior se ve aseverado al tener en cuenta que la Corte Constitucional también reconoció el origen consuetudinario de la controversial figura de la expropiación indirecta que se encuentra contenida en la mayoría de los acuerdos de protección y promoción de las inversiones. Tanto así que estableció que la única manera para que pudiese operar esa institución sin atentar contra las facultades regulatorias de cada Estado<sup>29</sup> sería que se cumpliesen todas las condiciones y supuestos establecidos en el tratado y por parte del derecho internacional consuetudinario<sup>30</sup>.

##### 5. LA PUNTADA FINAL QUE RESUELVE EL EMBROLLO JERÁRQUICO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES CONTENIDAS EN TRATADOS INTERNACIONALES

Finalmente, resulta apenas necesario develar cuál ha sido la posición que la Corte Constitucional ha tomado y que permite identificar de manera clara la

---

28 Extracto de la sentencia C-184 de 2016, que declara exequible la Ley 1747 de 2014 que aprueba el Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

29 *Supra* 1.c.i. Límites constitucionales infranqueables reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

30 Sentencia C-157 de 2016, que declara exequible la Ley 1763 de 2016 que aprueba el Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

posición que ocupan las normas internacionales en esta materia en nuestro ordenamiento. La razón por la cual se ha dejado para el final es que tan solo ha dado razón de ello en una única sentencia dentro de la jurisprudencia sobre el derecho internacional de las inversiones, sin ser estrictamente una sentencia que se pronuncie sobre la constitucionalidad de un acuerdo internacional.

La sentencia C-155 de 2007, mediante la cual se examinaba la constitucionalidad de una disposición específica de la ley de estabilidad jurídica, reconoció de manera textual que las normas internacionales que eran incorporadas al ordenamiento jurídico mediante una ley aprobatoria expedida por el Congreso de la República quedaban revestidas de tal naturaleza.

En consecuencia, el hecho de que, por regla general, los tratados internacionales no sean referentes directos de constitucionalidad, no implica que los mismos carezcan de valor normativo, pues si ellos han sido incorporados al derecho interno y entran a formar parte del conjunto de disposiciones válidamente aplicables en el territorio nacional —en su condición de leyes de la República—, su cumplimiento es igualmente ineludible por parte de las autoridades competentes.

Lo anterior tiene dos consecuencias importantes en el marco de la Constitución. En primer lugar, si el Estado asume válidamente obligaciones internacionales, debidamente incorporadas al derecho interno, las mismas deben ser cumplidas de acuerdo con el principio *Pacta sunt servanda* (art. 9.º C.P.)<sup>33</sup>; en segundo lugar, si los tratados internacionales suscritos por Colombia conceden derechos a favor de particulares (nacionales o extranjeros), su observancia también está orientada por un deber de protección y efectividad (art. 2 C.P.). En esa medida, los tratados internacionales se erigen también como criterio de interpretación de la legislación interna.

Debido a la claridad y crudeza con la que el juez constitucional le reconoce los efectos jurídicos a las normas derivadas de los tratados internacionales de inversiones, consideramos que no es necesario extendernos en la explicación y análisis de él. Lo que sí resulta oportuno destacar es que si bien señala con claridad la jerarquía que ocupan los tratados internacionales, la indeterminación normativa de las demás normas del derecho internacional de las inversiones queda latente.

## II. JUSTIFICACIONES DE SU NATURALEZA INFRACONSTITUCIONAL

Así que es completamente claro que se trata de normas infraconstitucionales, por lo que nos centraremos en establecer cuáles han sido las razones por las

cuales la Corte Constitucional ha entendido que se trata de normas que están por debajo de la Constitución.

Es importante recordar que si por algo se ha caracterizado la jurisprudencia sobre la materia es en reutilizar las consideraciones de providencias pasadas y en dar un fuerte protagonismo a los aspectos formales del procedimiento de incorporación al ordenamiento nacional. Tal vez eso explicaría la razón por la cual, antes que hacer un examen detallado de las disposiciones de cada tratado, se preocupa por hacer un examen general de la exequibilidad del tratado. En las más de las veces, aunque transcribe y señala un par de comentarios sobre cada disposición, justifica su constitucionalidad mediante la premisa del desarrollo de la misma constitución y sus objetivos<sup>31</sup>.

Lo anterior quiere decir que de entrada las normas internacionales cobran efectos jurídicos, no solo por el hecho de ser incorporadas a la legislación nacional mediante una ley aprobatoria, sino por el hecho de desarrollar las disposiciones y los objetivos establecidos en el texto constitucional.

Un segundo fundamento que la jurisprudencia ha utilizado como parámetro de constitucionalidad para las normas internacionales sobre la inversión ha sido el artículo 9 superior. Al respecto, este ha sido utilizado para integrar y darle validez jurídica a los principios del derecho constitucional, al convertirlos en obligatorios para el Estado colombiano<sup>32</sup>.

Otro de los argumentos recurrentes que la jurisprudencia ha utilizado para legitimar la incorporación y revestir de efectos jurídicos a estas normas son los artículos 226 y 227 de la Constitución Nacional<sup>33</sup>. En concreto, se ha referido a las disposiciones del derecho internacional de las inversiones como “herra-

---

31 Algunos ejemplos de sentencias que lo hacen son: C-442 de 1996, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

32 En algunas de las sentencias en las que se puede apreciar la utilización de este argumento para legitimar el ingreso de las normas sobre inversión al ordenamiento son: C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-442 de 1996, C-150 de 2007 y C-285 de 2015.

33 Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano.

mientas usuales de integración internacional a las que acuden los Estados para estrechar lazos comerciales”<sup>34</sup>.

Finalmente, la Corte ha esgrimido un tema adicional que si bien no ha sido estrictamente para justificar la infraconstitucionalidad de las normas internacionales en materia de inversión, desde la doctrina resulta útil para lo propio. En la sentencia C-358 de 1996, tal vez la más importante en esta materia por ser la que introdujo todos los elementos conceptuales para el análisis de constitucionalidad de los tratados en materia de inversión, el intérprete constitucional hace una exclusión de los demás tratados internacionales ratificados por Colombia como parámetro de constitucionalidad. En esa ocasión, alguno de los intervinientes sugería tomar como medida para determinar si el artículo 6 del convenio (el de la prohibición de la expropiación sin justa indemnización) era constitucional o no. Lo anterior, por cuanto el artículo 21 del referido instrumento compelmía al Estado colombiano a siempre pagar una indemnización justa en el caso de la expropiación. Al respecto, la Corte reconoció que:

[...] aun aceptando, sólo en gracia de discusión, que el artículo 58 (inciso 6) contradice lo dispuesto en el Pacto de San José, tal circunstancia no purgaría el vicio de inconstitucionalidad advertido en el artículo 6 del Convenio, en la parte que se ha venido analizando. Es que la tarea de la Corte, en casos como el presente, consiste únicamente en verificar si las normas del Tratado, que aún no rige, se ajustan o no a los preceptos constitucionales, con el fin de evitar que surjan conflictos ulteriores entre el deber del Estado colombiano de cumplir lealmente los tratados válidamente celebrados, y el deber del Gobierno de cumplir y hacer cumplir los mandatos del Constituyente.

Por eso, no resulta admisible el argumento que lleva a comparar el Tratado revisado con otro instrumento de la misma naturaleza, pues aunque entre ambos existiera contradicción, la Corte Constitucional no está llamada a resolverla, fallando a favor de uno de los dos tratados, sino a definir si el que actualmente está sometido a su consideración transgrede o no la Carta Política.

De lo anterior es factible extraer al menos dos conclusiones. En primer lugar, una bastante obvia y es la de tener como único parámetro de constitucionalidad las disposiciones reconocidas explícitamente dentro del texto constitucional.

---

34 Sentencia C-309 de 2007.

Sin embargo, ello llevaría a preguntarnos por las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad<sup>35</sup>.

Por otra parte, y tal vez lo que más nos interesa, es el hecho de reconocer que ningún otro tratado de la misma naturaleza puede ser utilizado como parámetro de constitucionalidad. Esto se traduce en que los tratados internacionales en materia de inversión no ostentan un rango constitucional. Por el contrario, cobran efectos normativos en la medida en la que se incorporan mediante una ley y, por tanto, tienen una naturaleza evidentemente infraconstitucional.

Así, la lógica utilizada por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional se mantiene prácticamente incólume con relación a la que se deriva del artículo 152.16<sup>36</sup> de la Constitución política de Colombia. Para que los tratados internacionales cobren efectos jurídicos dentro del ordenamiento nacional se requiere ese proceso de incorporación mediante una ley especial y, por tanto, deberá ajustarse a lo consagrado en la Carta suprema del país.

### III. REGLAS JUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS

Tras haber hecho un esfuerzo por identificar la jerarquía normativa de la cual están revestidas las normas del derecho internacional de las inversiones, resta por evaluar cuál es o sería la solución que la Corte Constitucional ofrecería a los

---

35 Al respecto podemos ver que, en efecto, esa fue una de las razones por las cuales los magistrados Ortiz, Barrera Carbonell y Cifuentes salvaron el voto en la sentencia, pues consideraban que las normas del bloque de constitucionalidad y los tratados que lo integraban sí debían ser tenidos en cuenta como parámetro de exequibilidad. Al respecto afirman: “Las normas de derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad, por tratarse de disposiciones de *jus cogens*, prevalecen sobre las normas de derecho internacional convencional, como sería el caso del Tratado que, en el presente caso, estaba sometido a la revisión de la Corte. De este modo, debe afirmarse que un Tratado internacional sí puede ser comparado con otro, si éste forma parte del bloque de constitucionalidad de que trata el artículo 93 del Estatuto Superior. En este orden de ideas, si lo que la Corporación deseaba era rechazar la aplicación del artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica al caso concreto, hubiera bastado con traer a colación la jurisprudencia anterior que negaba la inclusión del derecho de propiedad en el bloque de constitucionalidad”.

36 Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

conflictos normativos que pudiesen surgir entre esas normas internacionales y las normas de diferente naturaleza que comprenden le ordenamiento nacional.

Para este propósito, primero se abordarán los conflictos normativos que pudiesen presentarse entre una norma internacional y otra de carácter legal. Después, se hará lo mismo con el caso de la norma internacional y la norma infralegal, que nosotros hemos querido llamar reglamentaria. Finalmente, se abordarán los conflictos normativos que pudiesen surgir entre dos normas internacionales, pero con una fuente diversa.

Ahora bien, antes de empezar, conviene hacer una precisión metodológica y es que no nos preocuparemos por resolver los conflictos normativos surgidos entre una norma internacional y una norma constitucional. Esto pues creemos que tras haber determinado que la naturaleza de la primera es en todos los casos infraconstitucional, la respuesta a un conflicto sería siempre la evidente. El juez constitucional dará en toda circunstancia prevalencia a la disposición de carácter constitucional.

#### A. CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE NORMAS INTERNACIONALES Y NORMAS LEGALES

Este primer tipo de conflictos normativos hace referencia en general a todos aquellos problemas o contradicciones surgidas entre las normas internacionales y cualquier otra norma que tuviese fuerza material de ley. Es por esta razón que inicialmente nos referiremos al caso de las leyes en sentido estricto y posteriormente a las demás normas que podrían llegar a tener fuerza de ley.

En términos generales, conforme a lo que ha indicado la Corte Constitucional en la jurisprudencia, parecería ser claro que en caso de un conflicto entre una norma sobre la protección y promoción a la inversión y una ley de la república, se preferiría dar prevalencia a la segunda. En concreto podemos señalar que al menos, en lo que respecta a los temas de la restricción de los derechos de los ciudadanos extranjeros y el establecimiento de arbitrios rentísticos o monopolios, la solución sería, a raja tabla, a favor de la norma expedida por el Congreso nacional.

Sin embargo, cuando se trata de una contradicción entre la norma internacional y una ley de la república o una norma con fuerza de ley que no concierne a los temas ya señalados, la solución no es la misma. En sentencia C-155 de 2007, la Corte ha sentado un precedente importante en materia de interpretación de las normas que se han incorporado a la legislación mediante ley aprobatoria y es el de la interpretación armónica.

Así, al reconocerle fuerza jurídica interna a los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución protege aquella interpretación que mejor permita *armonizar* el orden normativo interno y el internacional, de forma que el Estado no quede expuesto innecesariamente a incumplir sus obligaciones internacionales<sup>37</sup>, pues como expresamente lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”<sup>37</sup>.

De lo anterior podemos concluir que no existe en realidad una regla general para la resolución de los conflictos normativos entre las normas internacionales (revestidas de rango legal) y las normas con fuerza de ley. En algunos casos, cuando sea por mandato constitucional, se dará prevalencia a las leyes de la república, mientras que en los demás casos deberá hacerse un análisis concreto del caso y aplicar el principio de armonización.

#### B. CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE NORMAS INTERNACIONALES Y NORMAS INFRALEGALES

Por su parte, los conflictos normativos que se encuentran entre normas internacionales y normas infralegales hacen referencia a todas aquellas contradicciones que se encuentran entre las primeras y los demás actos jurídicos que son promulgados en los ámbitos nacional, regional, local y en particular dentro del Estado colombiano. Al igual que en el caso anterior, es necesario hacer una diferenciación por cuanto la misma jurisprudencia la ha hecho y, en consecuencia, la resolución de los conflictos varía.

La regla general está en que cuando hay una contradicción entre la norma internacional (sea un tratado u otro tipo de norma) y otra norma de menor jerarquía, el conflicto se resolverá como se ha señalado en las sentencias C-750 de 2008, C-184 de 2016 y C-157 de 2016. Es decir, siempre se dará prevalencia a la norma internacional por cuanto todas las medidas, condiciones y supuestos que se hayan consolidado para promover y proteger las inversiones y demás situaciones comerciales deberán estar acordes con el derecho internacional de inversiones, sea positivo o consuetudinario.

---

37 Extracto de la sentencia C-155 de 2007, que declara la exequibilidad del artículo séptimo de la Ley 963 de 2005 que establece la posibilidad de incluir una cláusula compromisoria en los contratos de estabilidad jurídica. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sin embargo, respecto a esa regla general, hay una excepción relacionada con las facultades regulatorias reconocidas constitucionalmente al Banco de la República. En este supuesto, la jurisprudencia ha sido clara en que deberá prevalecer lo dispuesto por la Junta Directiva del Banco y no por el tratado o norma internacional. Esto por cuanto la regulación del régimen cambiario y monetario está reservado únicamente para el Banco de la República como autoridad máxima de la materia en Colombia.

Así, aunque no se aplica el principio de armonización contemplado en el caso de los conflictos normativos entre normas del mismo rango, existe la tendencia a favorecer a la norma internacional. Esto parecería ser consecuencia no solo de la superior jerárquica que ostentan las normas convencionales introducidas mediante leyes de la república, sino también por las disposiciones constitucionales en las que la Corte basa la exequibilidad de las mismas: artículos 9, 227 y 228 de la Carta.

### C. CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE DOS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MISMA MATERIA

Finalmente, conviene señalar un último tipo de conflicto normativo que si bien no estaba establecido dentro de los términos originales del proyecto de investigación, consideramos oportuno integrar. Esto fundamentalmente con base en dos razones. No solo por el hecho de ser reconocido por la Corte Constitucional, sino también porque debido al precario reconocimiento que la jurisprudencia ha dado a las demás normas internacionales que no son consagradas en un tratado, consideramos fundamental hacer la reflexión.

La Corte, al reconocer la exequibilidad del tratado de protección y promoción a la inversión que se ratificó con la República de India, en sentencia C-123 de 2012, reconoció una importante herramienta interpretativa para los casos en los que hubiese un conflicto normativo entre dos normas internacionales. En concreto, nos referimos a que, al igual que el artículo 15 del acuerdo, la Corte acogió la idea que cuando hubiese un enfrentamiento entre dos normas internacionales se tomaría por prevalente la que consagrara las reglas más favorables para el inversionista.

En consecuencia, la regla general que ha acogido la Corte Constitucional en su jurisprudencia es la de dar prevalencia a las normas internacionales acogidas por Colombia siempre y cuando no vayan en contravía de ninguna disposición o mandato constitucional. ¿Será que esto permitiría tachar al juez constitucional, en cierto sentido, de cómplice de los inversionistas extranjeros?,

o, ¿s era que la Corte se preocupa por darle la importancia que amerita a los compromisos internacionalmente adquiridos e integrarlos dentro de nuestro sistema normativo?

#### IV. UN ERROR IMPERDONABLE, LA DESATENCIÓN EN TORNO A LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN DENTRO DEL SISTEMA NORMATIVO NACIONAL

El derecho internacional de inversiones es una rama del derecho internacional público que a los ojos de muchos ha pasado inadvertida. La pregunta que nos hacíamos al principio iba un poco dirigida a que si a pesar de ser desconocida por la mayoría de los ciudadanos, la Corte Constitucional le daba la importancia que amerita. Tristemente, aunque Colombia ha ratificado más de una docena de acuerdos de promoción y protección a la inversión y ha incluido el tema en más de una decena de los acuerdos de libre comercio, no se ha tomado el trabajo de evaluar detenidamente el tema. A decir verdad, la jurisprudencia constitucional que se tiene sobre el tema no solo es precaria por cuanto se reduce casi solo a las sentencias producto del control de constitucionalidad automático que debe hacerse a todas las leyes aprobatorias de tratados internacionales. También lo es porque en esas “pocas” providencias se ha encargado, en primer término, de hacer un análisis predominantemente formal y lo poco que hace en el control material sigue remitiéndose con frecuencia a las sentencias fundacionales del año 1996.

En parte, lo anterior ha sido utilizado como excusa por los magistrados de la Corte Constitucional al enfrascarse en la idea de que se trata de tratados tipo que han sido copiados prácticamente de manera literal del modelo de la OCDE. En cualquier caso, esa postura es la que no ha permitido avanzar en términos jurisprudenciales con relación a esta materia. Se está desconociendo *a priori* que aunque el origen de todos los textos es el mismo, la formulación de cada una de las cláusulas de cada tratado varía de modo sustancial. En parte se omite en estas valoraciones lo que los académicos de los *New Approaches to International Law* han llamado la indeterminación normativa y lingüística<sup>38</sup>.

---

38 MARTIN RODRÍGUEZ, PABLO J. (2008). *Los paradigmas del derecho internacional: Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional*. Granada, pp. 71-85.

Ahora bien, con relación al tema de la jerarquía normativa que ostentan las normas del derecho internacional de las inversiones, parecería claro que se les reconoce una naturaleza, en todo caso, infraconstitucional. El razonamiento de la Corte Constitucional con relación a este asunto ha estado siempre encaminado a hacer referencia a que ingresan y son válidas en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el entendido de que la Constitución así lo ha querido. Con relación a las normas contempladas en los tratados internacionales, por su parte, ha sido aún más precisa al asegurar que están revestidas de una naturaleza eminentemente legal.

Así mismo, vemos que del poco desarrollo conceptual que ha tenido el tema de las inversiones podemos extraer elementos materiales para identificar un esquema para la solución de conflictos normativos entre las normas de derecho internacional y las normas domésticas. Al respecto, la regla general es la de dar prevalencia a las de origen internacional siempre que no contraríen las disposiciones y mandatos constitucionalmente establecidos.

Podemos entonces concluir que en materia de inversiones no hay una claridad sobre el modelo teórico al que pertenecería la Corte Constitucional en cuanto a la forma en la que trata las relaciones entre unas y otras normas. Al parecer, habría elementos que permiten catalogarlo como monista constitucionalista, monista moderado o como dualista. En últimas, termina sustentando toda su posición conforme a las cláusulas de admisión y declarativas que tiene nuestra Constitución nacional. Pero incluso, si detallamos la jurisprudencia de cerca, podríamos incluso vislumbrar algunas manifestaciones de la utilización de principios del pluralismo constitucional como es la interpretación conforme y la legalidad.

Sin embargo, nos queda por preguntarnos si estos pequeños esfuerzos que ha hecho la Corte serán suficientes. Al parecer, pese a que se ha dado una preferencia a las normas del derecho internacional de inversiones en la resolución de conflictos normativos, la jurisprudencia sólo se ha preocupado por ello en un escenario ideal o abstracto. Tanto es así que al sentarse a ver lo que ha ocurrido con Colombia como Estado en materia de inversión extranjera, *prima facie* podría detectarse que en casos como los de las sentencias T-384A de 2014 y C-035 de 2016, la Corte debería haber tenido en cuenta las obligaciones internacionales surgidas de los tratados internacionales que ella misma ya había analizado. Si así lo hubiese hecho, habría estado en capacidad de resolver en sede judicial nacional los conflictos normativos que allí existían y evitar que el conflicto se hubiese ido a instancias internacionales, generando posiblemente responsabilidad internacional del Estado.

Es así como si bien somos conscientes que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado nociones elementales y necesarias para gestionar las relaciones existentes entre las normas internacionales en materia de inversión y derecho interno, hace falta que la Corte se apersona más de la temática. Es necesario que aunque no se trate de derechos humanos fundamentalísimos como en el caso del derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se le dé el reconocimiento e importancia que merece el derecho internacional de las inversiones.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, JOSÉ E. (2011). Are Corporations subjects of International Law? 9 *Santa Clara Journal of International Law* 1.
- CAMPOS, RICARDO (2014). Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law. *Int J Constitutional Law*; 12 (3): 827-832.
- CORREA, MAGDALENA (2016). *Armonización entre el constitucionalismo transformador y el derecho internacional económico desde adentro: el uso de las competencias constitucionales para el procedimiento de la incorporación de tratados*. En prensa.
- KOSKENNIEMI, MARTTI (2006). Fragmentation of international Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. A/CN.4/L.682, 13 April.
- MANN, HOWARD (s. f.). Reconceptualizing International Investment Law: Its role in sustainable development. En *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17:2.
- MARTIN RODRÍGUEZ, PABLO J. (2008). *Los paradigmas del derecho internacional: Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional*. Granada: (s. e.).
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO (2011). BIT y la Constitución colombiana de 1991: Internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, enero-junio, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
- SCHNEIDERMANN, DAVID (2013). Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law. *Palgrave Socio-Legal Studies Series*. Palgrave.

## NORMATIVIDAD

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (1991). *Constitución Política*.

## JURISPRUDENCIA

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

Corte Constitucional. Salvamento de voto a la Sentencia C-358 del 14 de agosto de 1996, magistrados que salvaron el voto: Julio César Ortiz, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional. Sentencia C-379 del 22 de agosto de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-442 del 19 de septiembre de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Salvamento de voto a la Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997, magistrado que salva el voto: Antonio Baquero Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-494 del 15 de septiembre de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-160 del 23 de febrero de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-059 del 24 de enero de 2001, M. P. Marta Victoria SÁCHICA Méndez.

Corte Constitucional. Sentencia C-294 del 23 de abril de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-369 del 14 de mayo de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-961 del 21 de octubre de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-644 del 8 de julio de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-320 del 24 de abril de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-864 del 19 de octubre de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 7 de marzo de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-309 del 3 de mayo de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Salvamento a la Sentencia C-309 del 3 de mayo de 2007, magistrado que salva el voto Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Salvamento a la Sentencia C-309 del 3 de mayo de 2007, magistrado que salva el voto Jaime Araújo

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

Corte Constitucional. Sentencia C-150 del 11 de marzo de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-377 del 19 de mayo de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-941 del 24 de noviembre de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 7 de marzo de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-199 del 14 de marzo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-286 del 13 de mayo de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Aclaración de voto en Sentencia C-286 del 13 de mayo de 2015, magistrado que salvó voto Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-157 del 6 de abril de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 14 de abril de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.