

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EN COLOMBIA. ANÁLISIS DESDE LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Magdalena CORREA HENAO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las competencias constitucionales para la incorporación de tratados en Colombia.* III. *La cláusula de expropiación indirecta como foco de atención.* IV. *El ejercicio de las competencias del legislador y del juez constitucional en el estudio de la cláusula de expropiación indirecta de los tratados del DEL.* V. *Análisis crítico del ejercicio de las competencias constitucionales para la incorporación de los tratados públicos que incluyen la cláusula de expropiación indirecta.* VI. *Alternativas, perspectivas y conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Como se propuso en el seminario organizado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en diciembre de 2015, la conciliación de los ejes del constitucionalismo transformador la-

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y abogada de la Universidad Externado de Colombia. Directora y docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [Magdalena.correa@uexternado.edu.co](mailto:Magdalena.correa@uexternado.edu.co). Este capítulo tuvo como base el proyecto de investigación “Ausencia de controles constitucionales para la incorporación de tratados públicos, primera parte”, adelantado con las y los estudiantes Diana Milena Cortés Albornoz, Lisbeth Gil Betruz, Alberto Hoyos López y David Montoya García, de la Maestría en Derecho Público, en el año 2016. A ellos y a mi asistente de investigación, Verónica Delgado Pérez, agradezco el suministro de información relevante. También agradezco a los profesores María Cecilia Mc’Ausland, Nicolás Lozada y Wilfredo Robayo sus comentarios al capítulo y muy en especial al profesor, el doctor Jorge Roa Roa, por la seria revisión de su estructura y redacción.

inoamericano con los objetivos del derecho económico internacional (DEI) requiere de acciones desde fuera, esto es, desde el orden internacional propiamente dicho.<sup>1</sup>

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, los aspectos más interesantes sobre este proceso de conciliación se refieren a las competencias que deben tener los Parlamentos o Congresos y los tribunales constitucionales para asegurar que un tratado del DEI no vulnere la Constitución. Por esa razón, las preguntas que guían este documento se refieren a ¿cuáles son las competencias internas que existen en Colombia para tales efectos?, ¿cuál es su función?, ¿cómo operan?, y ¿cómo deben operar para que el objetivo de armonización completa entre el DEI y el constitucionalismo transformador sea posible a través de su ejercicio?

Su respuesta cuando menos indicativa se presenta en este capítulo, a partir del estudio efectuado sobre doce tratados de derecho internacional económico, tanto de libre comercio y alianzas comerciales como de protección a las inversiones, desde 2008 hasta julio de 2016, en los que se ha incluido la cláusula de expropiación indirecta.<sup>2</sup> Esto con el objeto de determinar la forma en que durante su proceso de “autorización para ratificarlo”,<sup>3</sup> se produjo la valoración del alcance y consecuencias jurídicas de la misma.

Para tales efectos, los siguientes apartados del capítulo se dedican a revisar el diseño constitucional colombiano sobre la incorporación de tratados públicos (II) y a identificar la estructura normativa que configura la cláusula de expropiación indirecta (III).

---

<sup>1</sup> Véase Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015; von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

<sup>2</sup> Los tratados de libre comercio seleccionados, se han acordados con países que presentan condiciones económicas heterogéneas y homogéneas en relación a Colombia. Son de la primera categoría los tratados suscritos con Estados Unidos (2008), Canadá (2010) y República de Corea (2016). De la segunda los tratados firmados con Chile (2009) y Costa Rica (2016) así como con el tratado de libre comercio firmado con El Salvador, Guatemala y Honduras (2009) y el Acuerdo comercial de la Alianza del Pacífico celebrado con Perú, Chile y México (2015). Por lo que hace a los tratados de protección de inversiones, pertenecen todos a la categoría heterogénea ya que han sido acordados con la Confederación Suiza (2009), la República Popular China (2012), la República de la India (2012), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2012) y Japón (2015).

<sup>3</sup> Véase sobre esta fórmula Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60.

Con el foco puesto sobre dicha cláusula, los apartados que vienen luego, se ocupan de examinar los procedimientos de aprobación legislativa y de control de constitucionalidad de los tratados seleccionados que incluyen la cláusula<sup>4</sup> (IV) y de analizarlos críticamente (V).

En la última parte del capítulo (VI) se proponen los argumentos constitucionales por los cuales resulta indispensable (y urgente) considerar reformas normativas o en el ejercicio de las competencias a que tales procedimientos responden, con las cuales sea posible armonizar el DEI con los mandatos constitucionales que definen al Estado como social y democrático de derecho y determinan, como su finalidad principal, la eficacia de los derechos humanos.<sup>5</sup>

## II. LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA INCORPORACIÓN DE TRATADOS EN COLOMBIA

Los tratados públicos constituyen una de las fuentes del sistema que nutre el derecho internacional público. Estos tratados son el rasgo de identidad de que los Estados contemporáneos forman parte de una comunidad abierta, comunicada, internacionalizada y globalizante. El régimen constitucional colombiano de suscripción, aprobación y refrendación de los tratados públicos se configura a partir de un conjunto de principios constitucionales, funciones y competencias que involucran a las tres ramas del poder público.

Las autoridades llamadas a actuar dentro del proceso son el presidente, el Congreso y la Corte Constitucional. El primero tiene el poder para ratificar un tratado y adquirir la obligación internacional. El legislador se encarga del control político, y la Corte Constitucional ejerce un control integral del tratado tras su aprobación como ley. Este control ocurre antes de la ratificación. A continuación se detallan estas competencias.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-157 de 2016, C-184 de 2016, C-620 de 2015, C-286 de 2015, C-199 de 2012, C-169 de 2012, C-123 de 2012, C-608 de 2010, C-446 de 2009, C-150 de 2009, C-031 de 2009, y C-750 de 2008.

<sup>5</sup> Véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*. Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 32-33.

### 1. *Las competencias del presidente*

En la Constitución de Colombia es evidente la relevancia de la autoridad presidencial, en cuyo cargo se encuentran las funciones de dirección de las relaciones internacionales para la negociación y firma de los tratados públicos.<sup>6</sup> Allí se perfila una manifestación de ese rasgo característico de los sistemas políticos de América Latina, que es el “predominio, a veces desmedido, del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo”.<sup>7</sup>

Esta posición se refuerza con la prerrogativa del presidente de “dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan”,<sup>8</sup> antes de su aprobación por el Congreso.<sup>9</sup> Una atribución que, como se ha entendido, evidencia el interés del constituyente de establecer “un mecanismo ágil y eficaz, acorde con las características del manejo de la economía en el mundo moderno, que le permitiera al ejecutivo dar aplicación inmediata, aunque provisional, a tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que considere de fundamental importancia para los intereses del país”.<sup>10</sup>

La función y competencias del Jefe de Estado no confieren un poder absoluto, naturalmente. Pues como se ha declarado de manera solemne por la Corte Constitucional, la sujeción a la Constitución en el ejercicio de los poderes y competencias del Estado en las relaciones internacionales, “impone a los representantes del pueblo colombiano al momento de negociar o asumir un compromiso internacional (C.P. artículo 189.2), verificar que el contenido del tratado, en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, promueva su desarrollo y aplicación efectiva”.<sup>11</sup>

Sin embargo, al establecer los alcances del poder del presidente sobre la definición de las relaciones internacionales y sus contenidos y obligaciones, se ha reconocido que este goza de

---

<sup>6</sup> Véase artículo 189.2 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>7</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 17, 2007, pp. 33-34.

<sup>8</sup> Artículo 224 de la Constitución Política de Colombia. Continúa el precepto: “En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

<sup>9</sup> Véanse artículos 4-25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>10</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 de 1996.

<sup>11</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-644 de 2004.

plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a un determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público.<sup>12</sup>

El talante discrecional de la competencia presidencial para el ejercicio de la función encomendada se potencia con la calidad de “reservada” atribuible a la información que se produce en el marco de las relaciones internacionales. Esta previsión, también visible en derecho comparado (por ejemplo, en Chile y México), ha servido para restringir el acceso a información pública y, con ella, el control ciudadano.

## 2. *Las competencias del Congreso de la República*

Al legislador colombiano le corresponde dictar las leyes para “[a]probar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”.<sup>13</sup> Una garantía del régimen constitucional dispuesto sobre las relaciones internacionales, por el que se pretende otorgar legitimidad democrática a las decisiones del presidente sobre los tratados suscritos.

Aun así, en contraste con lo advertido sobre el poder del presidente, la participación del Congreso de la República en el proceso de incorporación de tratados públicos se muestra discreta, tanto en la ordenación constitucional, como en su ejercicio y entendimiento jurisprudencial. El procedimiento legislativo que se debe seguir para dictar la ley de aprobación es el de una ley ordinaria, salvo ciertas especialidades de importancia más formal que material.<sup>14</sup> No se permite así distinguir entre la discusión de tratados breves y tratados extensos o entre tratados simples y complejos.

El desarrollo legal (orgánico) de la competencia del legislador para la aprobación o desaprobación de tratados públicos consignó, como parte de las especialidades que distinguen su trámite, que “podrán presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de Tratados y Convenios Internacionales”, pero que el “texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda”.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-344 de 1995.

<sup>13</sup> Véase artículo 150.16 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>14</sup> Debe iniciarse en la comisión segunda constitucional del Senado.

<sup>15</sup> Véase artículo 217 de la Ley 5 de 1992.

Como podría desprenderse de su texto, tal disposición se entendió de manera que “si el Congreso puede aprobar o improbar todo un tratado, también puede hacerlo parcialmente”, al igual que aplazar su vigencia, tanto por razones de carácter constitucional como de conveniencia.<sup>16</sup> En decisiones posteriores, se decantó la jurisprudencia según la cual “el Legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias”, en el sentido de que “no puede modificar su contenido sustancial introduciendo nuevas cláusulas, pues solo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas”.<sup>17</sup>

O sea, que por tratarse de una negociación que compete al Gobierno no le corresponde al Congreso “formular enmiendas frente al contenido tratado pues su función consiste en aprobarlo o improbarlo sin fraccionar su aceptación”.<sup>18</sup> Es más, en los tratados multilaterales, aunque por regla general es posible introducir reservas (si no están prohibidas o son incompatibles con el tratado)<sup>19</sup> o declaraciones interpretativas, no pueden éstas empero afectar “el objetivo y fin del tratado”.<sup>20</sup>

La función de aprobar o improbar los tratados y de ejercer por tanto un control político está, por lo demás, limitada con la prohibición constitucional expresa para el Congreso y sus cámaras, de “[e]xigir al Gobierno información sobre instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado”.<sup>21</sup>

En consecuencia, la colaboración armónica que representa su intervención en el proceso de autorización para la ratificación o para la incorporación de los tratados en el derecho interno consiste sustancialmente en aplicar un ritual programado para emitir una refrendación formal de las decisiones adoptadas por el presidente.

### 3. *Las competencias de la Corte Constitucional*

La Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, en los “estrictos y precisos términos” dispuestos por ella, tiene

---

<sup>16</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227 de 1993.

<sup>17</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-468 de 1997.

<sup>18</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-225 de 2014, C-781 de 2004 y C-127 de 2013.

<sup>19</sup> Véase artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

<sup>20</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-466 de 2009.

<sup>21</sup> Véase artículo 136.2 de la Constitución Política de Colombia.

la función de “[d]ecidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”.<sup>22</sup>

Como lo ha precisado su jurisprudencia, el control constitucional de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias

se caracteriza por ser (i) previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; (ii) automático, pues debe ser enviada directamente por el presidente de la República a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; (iii) integral, en la medida en que la Corte debe analizar tanto los aspectos formales como los materiales de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; (iv) tiene fuerza de cosa juzgada; (v) es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo; y (vi) cumple una función preventiva, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano.<sup>23</sup>

A esto puede agregarse que (vii) su trámite es participativo y (viii) faculta a la Corte para adoptar tres tipos de decisión: *a)* de constitucionalidad, con la que se autoriza al Gobierno a efectuar la ratificación, *b)* de inconstitucionalidad, lo que impide la ratificación, y *c)* en los tratados multilaterales, podrá declarar inexecutable una o varias normas, lo que determina que el presidente de la República únicamente podrá manifestar su consentimiento si formula la correspondiente reserva.

### III. LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA COMO FOCO DE ATENCIÓN

La expropiación indirecta es una figura construida a lo largo del siglo XX, en respuesta a las decisiones de países en desarrollo y Estados de la órbita socialista, enfiladas a transferir a manos del Estado o de grupos nacionales la propiedad de los extranjeros.<sup>24</sup> Sin embargo, con el tiempo termina por depurarse como parte de los elementos sustanciales de la responsabilidad de los Estados de derecho frente a terceros. Por esto, la definición de la figura se puede estudiar desde un sinnúmero de fuentes, en particular desde los

<sup>22</sup> Véase artículo 241.10 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>23</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-468..., *cit.*, y C-863 de 2004, entre otras.

<sup>24</sup> Véase Weiner. Allen S., “Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of «Legitimate» Regulatory Purposes”, *Forum du droit international*, vol. 5, núm. 3, 2003, p. 169.

laudos internacionales en donde se ha analizado como problema jurídico por resolver y en dónde se conoce qué es lo que en efecto significa. En este lugar, sin embargo, la definición se extrae del estudio de la jurisprudencia constitucional construida en torno de la revisión de los tratados objeto de la investigación. Una comprensión que sin duda puede considerarse miope y con ello arriesgada (como conducir un coche sin ver casi nada), pero que se defiende en razón del análisis que se efectúa desde el derecho constitucional.

En efecto, conforme a los análisis de la Corte Constitucional colombiana, la expropiación indirecta se ha convertido, junto con otras cláusulas, en una norma patrón de los tratados del DEI que contemplan medidas de “promoción de inversiones”, cuya finalidad es la de “proteger a los inversionistas frente a actos gubernamentales que constituyan expropiación indirecta...”.<sup>25</sup> En cuanto a su significado concreto, la expropiación indirecta, es “el resultado de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tenga efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de propiedad”.<sup>26</sup> Con ella, “se trata de compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tenía expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustradas por la nueva regulación”.<sup>27</sup>

Una pronta revisión de las cláusulas donde se incorpora la expropiación indirecta permite identificar los siguientes elementos de su configuración jurídica:

En primer lugar, sobre las fuentes que pueden causar la expropiación indirecta, son todos los actos *regulatorios* del Estado, del legislador, del Gobierno y de la Administración pública, así como las decisiones de los jueces.<sup>28</sup> Con relación a su naturaleza jurídica, en uno de los tratados objeto de control la Corte observó que lo que protege la expropiación indirecta no es un derecho adquirido, sino “una mera expectativa”, consistente en que “una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente...”.<sup>29</sup> y, en ese caso, el Estado se halla “ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación”.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169..., *cit.*

<sup>26</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-199 de 2012.

<sup>27</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750 de 2008.

<sup>28</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Idem.*

La protección que ofrece opera sustancialmente a través del contenido más esencial del régimen constitucional de la propiedad, a saber, el derecho a la indemnización en caso expropiación.<sup>31</sup> Lo que constituye el hecho dañino es la reducción de los retornos o rendimientos que justificaron en su conjunto la operación del inversionista en el mercado nacional. Estos se ven disminuidos producto de la evidente interferencia en el uso, goce y disposición del capital y los bienes asignados a la actividad económica.<sup>32</sup>

La expropiación indirecta empero no se concreta por mandato del tratado, sino que en él se fundamenta su existencia. Esta se debe acreditar por el interesado, lo que requiere “de una investigación factual, caso por caso”.<sup>33</sup> Durante el proceso respectivo, el juez competente debe comprobar, entre otras cosas, a los siguientes factores:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental.<sup>34</sup>

En cuanto a la indemnización, y la tasación de la misma:

- (i) deberá ser pagada sin demora; (ii) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria sea llevada a cabo; (iii) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de la expropiación; y (iv) ser completamente liquidable y libremente transferible.<sup>35</sup>

Y también se ha admitido que: “(v) El monto de compensación deberá incluir intereses a una tasa comercial normal desde la fecha de desposesión hasta la

---

<sup>31</sup> Santaella Quintero, Héctor, “Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, julio-diciembre de 2011, p. 25.

<sup>32</sup> Stephenson, Andrew y Carroll, Lee, *Protecting Foreign Investments by using Bilateral Investment Treaties*, Melbourne, 2012, disponible en: <https://www.corrs.com.au/assets/thinking/downloads/Protecting-foreign-investments-by-using-bi-lateral-investment-treaties.pdf>.

<sup>33</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

<sup>34</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-750..., *cit.*; C-446..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-169..., *cit.*; C-620..., *cit.*; C-157..., *cit.*; C-184..., *cit.*; y C-199..., *cit.*

<sup>35</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

fecha de pago... ser acordado en una moneda libre de conversión... ser pagado sin demora y ser libremente transferible”.<sup>36</sup>

El tipo de juicio que debe aplicar el juez competente para definir la existencia de la expropiación indirecta y la indemnización por pagar, “debe hacerse de manera estricta, previo cumplimiento de absolutamente todas las condiciones y supuestos establecidos en el tratado internacional, so pena de atentar contra las facultades regulatorias estatales y la preservación del interés general”.<sup>37</sup>

La delimitación de la figura se completa con los supuestos previstos en los tratados para excluir la configuración de expropiación indirecta, respecto de ciertas acciones gubernamentales. Esto es, con “el cuidado de excluir los actos regulatorios no discriminatorios estatales dirigidos a proteger intereses legítimos”.<sup>38</sup> Así, cuando se establece como norma tipo en todos los tratados, que “[s]alvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.<sup>39</sup> Dicha lista de objetivos legítimos no es exhaustiva,<sup>40</sup> y por tanto puede incluir otros actos.

No se pasa por alto que lo que la cláusula garantiza no es del todo ajeno a lo que protegen figuras del derecho de la responsabilidad contractual del Estado,<sup>41</sup> recogidas por la jurisprudencia contenciosa administrativa y desde lo previsto en la Constitución según lo cual “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.<sup>42</sup>

La valoración de las similitudes y diferencias entre la una y las otras no es objeto de este análisis, lo que no oculta la trascendencia de la cláusula de expropiación indirecta como norma del DEI, que al ser introducida en el ordenamiento jurídico interno puede, más allá de reforzar las muchas (e

<sup>36</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150..., *cit.*

<sup>37</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-620..., *cit.*; C-157..., *cit.*; C-184..., *cit.*, y C-169..., *cit.*

<sup>38</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169..., *cit.*

<sup>39</sup> Desde el TLC con Estados Unidos (C-750 de 2008) al TLC con Corea (C-184 de 2016).

<sup>40</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-169..., *cit.*, y C-620..., *cit.*

<sup>41</sup> Conocidas desde el derecho francés como “el hecho del príncipe” y la teoría de “la imprevisión”. Véase al respecto De Laubadere, André *et al.*, *Traité des Contrats Administratifs*, 2a. ed., t. 1, París, L.G.D.J., 1983, p. 717; Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1952, p. 329.

<sup>42</sup> Véase artículo 90, inciso 1º de la Constitución Política de Colombia.

inagotables) formas de la responsabilidad estatal, representar una alteración (seria) de derechos e instituciones constitucionales, al salvaguardar y vaya de qué manera, las expectativas de utilidad y seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros. Por esto resulta ser un ingrediente normativo cuya recepción admite el estudio constitucional propuesto.

#### IV. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR Y DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTUDIO DE LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LOS TRATADOS DEL DEI

Conocido el significado y alcance de la expropiación indirecta como cláusula de los tratados del DEI objeto de estudio, corresponde ahora revisar cómo operaron las competencias ejercidas por el Congreso de la República y por la Corte Constitucional, sin incluir estudio alguno sobre el proceso de negociación adelantado por el presidente.

##### 1. *La (nula) discusión en el Congreso*

Los debates legislativos que antecedieron la aprobación mediante leyes de los doce TLC y TBI no se distinguieron por desarrollar un procedimiento de incorporación con debates complejos y análisis específicos. El trámite de los procesos varió, en algunos casos siendo muy veloz,<sup>43</sup> en otros casos de un tiempo intermedio<sup>44</sup> y en los demás con el transcurso de un tiempo más bien extenso.<sup>45</sup> En dos casos tuvieron lugar sesiones de votación conjunta de

---

<sup>43</sup> La discusión de la ley aprobatoria del TLC con Estados Unidos tomó tan sólo tres meses comprendidos dentro de una misma legislatura. La ley por la que se aprobó el TLC con El Salvador, Guatemala y Honduras se debatió en el término de algo más de tres meses. La discusión del proyecto de ley por el cual se incorporó el TLC con Corea tardó menos de tres meses. En el proyecto de ley que incorporó el TLC con Canadá, tomó menos de siete meses, y dos legislaturas.

<sup>44</sup> La discusión del proyecto de ley que aprobaba el TBI con China tomó dos legislaturas, en un lapso de 10 meses. Para el caso de la ley que aprobó el TBI con el Reino Unido, su trámite tomó trece meses, tres legislaturas. Los debates para aprobar el proyecto de ley contentivo del TBI con la India tuvieron lugar en el lapso de un año.

<sup>45</sup> El trámite del proyecto de ley aprobatoria del TLC con Costa Rica, desde su radicación hasta su aprobación en plenarios, tardó poco menos de catorce meses. Quince meses fue tiempo que tomó la aprobación del proyecto de ley que incorporó el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. En el caso del proyecto de TLC con Chile, su trámite tardó tres legislaturas sucedidas durante 16 meses. Los debates del proyecto de ley por el cual se aprobó el TBI con Suiza tuvieron lugar durante tres legislaturas comprendidas en

comisiones,<sup>46</sup> y en uno de ellos, así lo fue de las plenarias de Senado de la República y Cámara.<sup>47</sup>

Sin embargo, lo que más se destaca es el hecho de que en once de ellos no se discutió en absoluto el significado y consecuencias que la cláusula de expropiación indirecta iba a tener en el derecho colombiano. Solo durante el trámite de la Ley 1143 de 2007, que aprobó el TLC con Estados Unidos, en una de las ponencias se hizo referencia de manera expresa a la expropiación indirecta, para retomar en sustancia lo dicho al respecto por el Gobierno en defensa de la misma, dada la forma en que se contempla y las garantías y restricciones que la acotan.

En la mayoría de ponencias presentadas para el debate y aprobación de los tratados, se alude al contenido del instrumento internacional de manera muy general. No se profundiza en mayor medida en el contenido de las disposiciones. En todos los casos el proceso legislativo terminó por incorporar la cláusula en el derecho interno, con la votación aprobatoria de amplias mayorías.<sup>48</sup> La aprobación de los tratados que contienen dicha cláusula se produce entonces sin debate parlamentario y sin control político.

## 2. *El auto-limitado control de constitucionalidad*

### A. *La participación*

El proceso del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional sobre la ley aprobatoria y los tratados incorporados es participativo. Como arriba se apuntó, así se establece en la Constitución como una garantía para mejorar el control ejercido mediante las intervenciones de la ciudadanía, los grupos de interés y los *amicus curiae*.

Con relación a la cláusula bajo estudio, la participación no ha sido un elemento relevante porque solamente durante el proceso de control de constitucionalidad del TLC con Estados Unidos se presentaron dieciséis intervenciones de organizaciones sociales y ocho de personas naturales.

---

un periodo de 19 meses. Y con relación al proyecto de ley que aprobó el TBI con Japón, su discusión en cuatro debates tomó tres legislaturas que tuvieron lugar en el lapso de 20 meses.

<sup>46</sup> Proyectos de ley aprobatorios del TLC con Corea y del Protocolo adicional del acuerdo marco de la Alianza del Pacífico.

<sup>47</sup> Proyecto de ley aprobatoria del TLC con Estados Unidos.

<sup>48</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-446..., *cit.*; C-123..., *cit.* y C-184..., *cit.*

Apenas dos de ellas se refirieron a la expropiación indirecta, una del senador de la República Jorge Robledo y otra del Centro de Estudios “Dejusticia”. Ambas solicitaban la inconstitucionalidad de la cláusula, por trato desigual y por restricción del poder de regulación del Estado.

En los demás casos analizados, aunque en casi todos ellos se presentaron intervenciones, en ninguna se plantearon observaciones concretas sobre la expropiación indirecta.

### B. *La constitucionalidad de la figura desde la ratio decidendi*

Sobre la cláusula de expropiación indirecta y la obligación de “conjurar los menoscabos patrimoniales que provocan para el inversor ciertas medidas estatales que no conllevan una pérdida de titularidad del dominio”,<sup>49</sup> ambas previstas en los tratados objeto de investigación, la conclusión común de las sentencias es que son constitucionales. En efecto, “la expropiación indirecta por actos gubernamentales hace parte del marco constitucional del artículo 58, al confirmar la garantía de la propiedad privada aplicable sin discriminación a nacionales y extranjeros”.<sup>50</sup> Es decir, esta cláusula se aviene a dicho precepto constitucional.<sup>51</sup>

Es constitucional también al aceptar que las piezas que conforman la figura en el tratado “son razonables, conformes con los postulados de la confianza legítima, y no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en temas sensibles como la salud pública, el medio ambiente y la seguridad”.<sup>52</sup> El principio de confianza legítima constituye la obligación para las autoridades públicas, “de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario...”. Con ello se busca, “que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184..., *cit.*

<sup>50</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

<sup>51</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123..., *cit.*

<sup>52</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>53</sup> *Idem.*

### C. *La cosa juzgada constitucional*

Las sentencias que abordaron los tratados objeto de estudio ofrecen una novedad en la doctrina constitucional sobre la cosa juzgada, cuando la Corte Constitucional desarrolla los conceptos de cosa juzgada *a priori* por control abstracto, cosa juzgada *prima facie*,<sup>54</sup> y de la valoración que adquieren las condiciones económicas de la época de suscripción del tratado.<sup>55</sup>

#### a. Control abstracto y la cosa juzgada *a priori*

Desde la primera sentencia objeto de la muestra que trató la figura,<sup>56</sup> la Corte Constitucional advirtió que la constitucionalidad que se reconoce al TLC con Estados Unidos es *a priori*. Este carácter es resultado de incluir dentro del juicio la consideración de las condiciones en que se aplica el control previo, abstracto e integral de constitucionalidad.

El control sobre los tratados públicos, opera en “la ausencia de elementos fácticos, de aplicación concreta, lo cual le impide a la Corte tomar una decisión plena con todos los elementos de juicio”.<sup>57</sup> Por esto, se establece que “la efectiva adecuación” del tratado con la Constitución “se verificará en la práctica”.<sup>58</sup>

A partir de allí, en general, se acepta que la solución de los problemas estrictamente técnicos y operativos que resulten de la aplicación de un TLC, “especialmente, en lo referente a la protección de los derechos fundamentales y colectivos”, escapan “al ámbito del control abstracto de constitucionalidad”. Su defensa en cambio “se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales reconocidas en la Carta Fundamental”.<sup>59</sup>

También se ha venido a admitir que la competencia de control de constitucionalidad abstracto sobre las leyes, previa la interposición de una demanda admisible, se activa de nuevo cuando en estas últimas se concretan

---

<sup>54</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-774 de 2001, C-310 de 2002, C-004 de 2003, C-1122 de 2004, y C-469 de 2008.

<sup>55</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-150..., *cit.*; C-123..., *cit.*; C-169..., *cit.*; C-199..., *cit.*, y C-286 de 2015.

<sup>56</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

<sup>57</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>58</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-941 de 2010.

<sup>59</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-864 de 2006; C-608..., *cit.*; C-446..., *cit.*; C-031..., *cit.*, y C-750..., *cit.*

elementos normativos de los tratados. “Quiere ello decir, que la Corte se reserva su competencia para examinar toda ley que desarrolle las cláusulas contenidas en un Acuerdo de Libre Comercio, sin que se pueda alegar la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional”.<sup>60</sup>

Y para más luces, la Corte

concluye y precisa que, la declaratoria de exequibilidad de un tratado internacional de comercio, no afecta (i) la existencia y vigencia plena de competencias normativas del Congreso y del Ejecutivo; (ii) la aplicación, en casos concretos, del bloque de constitucionalidad queda intacta; y (iii) la eventual procedencia de alcance de las acciones constitucionales. Un tratado de libre comercio no puede llevar al vaciamiento o desconocimiento de las competencias de los órganos judiciales que propenden por la defensa de los derechos fundamentales. De hecho, no se puede olvidar que un tratado internacional de libre comercio no es más que una ley, y por ende, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución.<sup>61</sup>

En desarrollo de lo anterior, se distingue entre las normas jurídicas que se derivan de los tratados. En el caso de las “normas *non-self-executing*”, por lo demás comunes a los tratados públicos y cuyos efectos en el ordenamiento interno “requieran del correspondiente desarrollo normativo”, la aplicación del tratado se produce por vía de las “normas con rango legal o reglamentario” necesarias para su debida ejecución interna. De allí que la corrección *a posteriori* del juicio de constitucionalidad previo procede, pero frente a dichas nuevas normas jurídicas derivadas, donde su validez y conformidad con el orden jurídico superior podrán establecerse a partir de las correspondientes acciones judiciales con las que cuenten.<sup>62</sup>

Otro es el caso de las normas “*self-executing*”, esto es, las que no requieren “de una legislación interna para surtir efectos” y pueden “crear directamente derechos y obligaciones en cabeza de los particulares”, así como ser “invocables ante los tribunales nacionales”.<sup>63</sup> Como sus normas se aplican directamente, la revisión de constitucionalidad definitiva procede *a posteriori* y es ejercida por otros operadores jurídicos como la administración

<sup>60</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>61</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-248..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

<sup>62</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>63</sup> Según la definición que trae la sentencia, tomada de Riesenfeld, Stefan A. y Abbot, Frederick, “The Scope of U.S. Senate Control Over the Conclusion and Operation of Treaties”, en Riesenfeld, Stefan (ed.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Países Bajos, Nijhoff, 1994, pp. 571-643.

o los jueces. A ellos corresponde entender la norma del tratado por aplicar “atendiendo el principio de interpretación conforme a la Constitución” y a partir de la misma eliminar sus efectos inconstitucionales, sin que por esa vía pueda “llevar al vaciamiento o desconocimiento de las competencias de los órganos judiciales [nacionales y supranacionales] que propenden por la defensa de los derechos fundamentales”.<sup>64</sup>

No se trata, pues, de competencias nuevas o no existentes, sino de reconocer en ellas el poder para incidir en la constitucionalización del alcance normativo de un tratado económico que hace parte ya del ordenamiento jurídico colombiano; es decir, que en sus desarrollos legales y reglamentarios posteriores<sup>65</sup> o en la aplicación de sus normas “*self-executing*”<sup>66</sup> dichos tratados podrán ser controlados por los jueces, tras el ejercicio de las acciones pertinentes, en caso de representar una vulneración de la Constitución.

#### *b. Cosa juzgada prima facie*

Esta categoría de cosa juzgada se ha venido decantando por la Corte Constitucional cuando se ha interrogado si los acuerdos internacionales bajo análisis han debido agotar el procedimiento de la consulta previa previsto como derecho fundamental colectivo de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Al respecto ha venido reiterando que los mismos no requieren adelantar

la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas [del Acuerdo de Libre Comercio en cuestión] han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a estos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales...<sup>67</sup>

Con todo, el juez constitucional ha recalcado también que cuando “las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo” lo requieran, deben surtir la respectiva consulta “si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa”,<sup>68</sup> pues “de lo contrario quedaría viciada de inconstitucionalidad”.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941..., *cit.*

<sup>65</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>66</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941..., *cit.*

<sup>67</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

<sup>68</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-750..., *cit.*; C-608..., *cit.*, y C-157..., *cit.*

<sup>69</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184..., *cit.*

c. La cosa juzgada y el contexto económico que enmarca la suscripción de los tratados

En algunas de las sentencias objeto de estudio igualmente se ha reconocido el valor de la realidad económica del momento de suscribir el tratado comercial o de su aplicación, como ingrediente que puede determinar los efectos de la constitucionalidad declarada. Por una parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la cosa juzgada es *a priori* también porque debe considerarse en el contexto de realidad que enmarca la suscripción de los tratados comerciales. Ello en tanto que las circunstancias económicas existentes al momento de negociar los instrumentos internacionales de comercio “pueden cambiar drásticamente, afectando el equilibrio primigenio entre las obligaciones y los deberes asumidos entre los contratantes, e incluso, comprometiendo el cumplimiento del tratado”.<sup>70</sup>

Esto último para precisar que

en el derecho interno, la declaratoria de exequibilidad del tratado internacional se funda igualmente en un examen apriorístico acerca de los contenidos y alcances de las cláusulas convencionales, juicio que puede cambiar conforme se perciban, con el tiempo, los efectos prácticos de la aplicación del instrumento internacional, siendo posible constatar, por el juez constitucional, la eventual existencia de esos cambios fundamentales en las circunstancias que afectan la eficacia del tratado internacional.<sup>71</sup>

Por otro lado, esto ha servido para complementar los elementos de análisis que debe incluir el juez constitucional al estudiar los tratados en cuestión. Pues “la conformidad del tratado internacional con la Constitución dependerá no solo de la ausencia de contradicciones normativas entre el primero y la segunda, sino de la preservación fáctica de los grandes equilibrios alcanzados inicialmente por las Partes contratantes”.<sup>72</sup>

Bajo estos últimos supuestos, en una decisión posterior se afirmó con total nitidez que, no obstante “la conveniencia y tecnicidad en que se mueve la celebración de acuerdos de liberación comercial”, que no hacen parte del objeto de control de constitucionalidad, el estudio de la Corte “...no puede limitarse a una función notarial, sino que debe partir de apreciar las razones que llevaron al Gobierno a su negociación, los estudios empíricos

<sup>70</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-750..., *cit.*, y C-031..., *cit.*

<sup>71</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>72</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-941..., *cit.*; C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

que soportan su necesidad, los beneficios que representa para el país una vez efectuado el balance integral de las ventajas y desventajas”. Esto, además de otras medidas acreditadas, sirve para determinar que el tratado no se ha celebrado de manera improvisada, sino que es producto de un diseño de ordenación económica oportuno y completo.<sup>73</sup>

Esta tarea cobra más significado cuando se trata de estudiar acuerdos comerciales suscritos “con países de mayor nivel de desarrollo o economías más fuertes”. Pues al implicar como se ha dicho “*prima facie* un control judicial más estricto o riguroso por la Corte, al comprometer la denominada «Constitución económica»”, esto significa que “el proceso de negociación comercial debe estar precedido de las mayores precauciones, salvaguardas y excepciones por el Gobierno, previendo mecanismos de ayudas a los sectores que se muestren más sensibles o requieren de una mayor atención, principalmente cuando comprometen la población vulnerable”.<sup>74</sup>

La realidad es entonces una fuente que refuerza el control constitucional porque puede alterar la constitucionalidad *a priori* atribuida a los tratados y complementar el juicio de constitucionalidad, que no opera solo sobre sus normas sino también sobre los supuestos fácticos en que se fundan.

#### d. Los efectos de cosa juzgada constitucional de las sentencias

La anterior doctrina constitucional, sin embargo, apenas se empleó al definir los efectos de la cosa juzgada de las sentencias en donde se formuló. La aplicación concreta de estos singulares conceptos de cosa juzgada solo se verifica en uno de los casos estudiados, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la cláusula de expropiación indirecta.

Así, la Corte Constitucional encuentra que las piezas normativas que configuran dicha cláusula son “razonables, ajustadas a los postulados de la confianza legítima que no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en la medida en que las excepciones se fundan en el cumplimiento y garantía de los fines del Estado y del interés general. Por consiguiente, no se consideran *prima facie*, contrarias a la Constitución”.<sup>75</sup>

La cosa juzgada *a priori* se formula para otro tipo de cláusulas, concretamente “las reglas de eliminación gradual de aranceles”.<sup>76</sup> Y la cosa juzgada *prima facie* se aplica al determinar que los tratados no afectan de forma di-

<sup>73</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620..., *cit.*

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

<sup>76</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-157..., *cit.*, y C-184..., *cit.*

recta los derechos de los pueblos indígenas.<sup>77</sup> En las restantes decisiones, los efectos de cosa juzgada previstos no se emplean para delimitar su alcance, ni el de la cláusula de expropiación indirecta ni de otras obligaciones o garantías incluidas en los tratados bajo estudio.

En algunos casos, la Corte analizó la información remitida para confirmar que la realidad económica del tiempo en que se negociaron no se había alterado al punto de afectar el equilibrio estimado entre las obligaciones y los deberes asumidos por las partes.<sup>78</sup> Sin embargo, no utilizó en el estudio de ningún tratado la cosa juzgada *a priori* para advertir que el cambio drástico de las condiciones económicas en un futuro podría alterar la constitucionalidad del tratado o de alguna de sus cláusulas.

De modo que la cosa juzgada *prima facie* y *a priori* fueron llamativos dichos de paso que alertan sobre el alcance del control de constitucionalidad de tratados del DEI y la protección de la supremacía constitucional durante la aplicación del tratado en el tiempo. Pero no se aplicaron y, en consecuencia, no generaron reservas ni salvedades ni advertencias frente a las obligaciones derivadas del tratado y de sus cláusulas específicas.

## V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS PÚBLICOS QUE INCLUYEN LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La descripción que antecede reclama un análisis crítico constitucional, tanto del poder reconocido al Jefe de Estado, como de la función que cumplen el Poder Legislativo y la Corte Constitucional. Esta será la base para enunciar las reformas o alternativas de interpretación que hagan posible que las competencias constitucionales para la incorporación de tratados públicos puedan ser instrumentos para la correcta articulación entre el DEI y los imperativos humanistas del constitucionalismo transformador.

### 1. *¿Un poder presidencial omnímodo?*

Esta investigación no ha incluido el estudio sobre la negociación de la cláusula de expropiación indirecta por parte del Estado colombiano durante el proceso previo a la firma de los tratados públicos que la contienen. Con todo,

---

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

es posible que este componente del estudio no se hubiera podido adelantar porque, como se ha visto, la información asociada a las relaciones internacionales tiene el carácter de información reservada.

Esta prerrogativa, a pesar de su amplio reconocimiento como propia y necesaria para el correcto manejo de las relaciones internacionales, no deja de ser cuestionable en un Estado constitucional. Y no lo deja de ser porque con ella se restringe ni más ni menos que el acceso a la información que da cuenta del ejercicio de una competencia presidencial cada vez más incisiva y determinante para la vida de los ciudadanos: ¿qué intereses, qué supuestos, qué acuerdos, qué concesiones y qué contraprestaciones precedieron a la firma del tratado y cómo quedan en definitiva los intereses nacionales que se representan?

Ello hace predecible la escasa argumentación con que el juez constitucional ha establecido la exequibilidad de las distintas disposiciones legales que establecen el carácter reservado de la información que hace parte de las negociaciones internacionales. No se explica por qué la confidencialidad es necesaria para el ejercicio de la función del presidente. No se exponen cuáles son los fines e intereses que con ello se protegen, ni cuáles son los peligros en los que se puede incurrir de no existir la reserva. No se aplica un control de constitucionalidad intenso, aunque se esté determinando así una limitación a derechos fundamentales/humanos de tanto valor como el derecho de petición o el derecho a la información pública.<sup>79</sup>

También cabe poner en discusión la prohibición constitucional a las cámaras del Poder Legislativo para exigir al Gobierno información relacionada con instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado,<sup>80</sup> cuando dicha información puede fundamentar las bases de un completo control político tan cuidadoso como el que reclaman los tratados del DEI. Se obstaculiza por lo tanto el control ciudadano y el control político.

Por ello, un primer hallazgo de la investigación, al menos en su ámbito normativo, es que la competencia constitucional atribuida al Jefe de Estado para establecer relaciones internacionales y suscribir tratados, se garantiza como un poder prácticamente omnímodo. Un poder sin controles, de configuración presidencial, del que depende por completo la aceptación de obligaciones con las que poco a poco se estructuran los mercados y el orden económico y social colombianos. Dicho modelo no es apto para facilitar

---

<sup>79</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-951 de 2014.

<sup>80</sup> Véase artículo 136.2 de la Constitución Política de Colombia.

la coherencia entre los incentivos y garantías para los inversionistas y las medidas de bienestar progresivo y de eficacia de los derechos humanos.

## 2. *La función legislativa de control político desvirtuada*

No hay sorpresa al constatar la debilidad del control político ejercido por el legislador en el proceso de aprobación de los tratados del DEI que incorporan la cláusula de la expropiación indirecta. Esta última se produjo, como se ha visto, sin mediar discusión política y representativa con la que se pudiera verificar si con las obligaciones para el Estado que de ella se derivan se garantiza el bien común y la justicia que deben inspirar las decisiones del Congreso de la República.<sup>81</sup>

Aquí vuelven a ser relevantes los límites constitucionales, legales y jurisprudenciales que se han previsto para contener el poder de control político sobre los tratados o que han servido a tal propósito. A estos ingredientes jurídicos se suman las conocidas restricciones o debilidades del apoyo técnico del Congreso de la República, además del sentimiento parlamentario de ausencia de poder. Un procedimiento legislativo sin diferencia del de las leyes ordinarias, la ineficacia de los mecanismos de participación y la inexistencia de un sistema político de rendición de cuentas completan el conjunto de elementos que juegan en contra de que el Congreso de la República cumpla la función que le corresponde dentro del Estado democrático en cuyo nombre se ha firmado el tratado respectivo.

La restricción material al poder de formular reservas, aún sin enmendar el acuerdo, basada en el carácter compacto de los acuerdos tipo en materia de inversiones, cierra las opciones del Congreso para actuar. Conduce a la aprobación en su conjunto o a la desaprobación. Esta facultad de inaprobar el tratado, empero, resulta excesivamente costosa en términos políticos y de legitimidad para el legislador, tanto más en cuanto no puede acceder a la información sobre la negociación, con lo que no parece razonable adoptar una determinación sin duda tan invasiva del poder presidencial de dirección de las relaciones económicas internacionales.

Bajo tales supuestos, la refrendación política se torna en innecesaria por ineficiente, carente de resultados. Esto es un segundo hallazgo según el cual, por las premisas jurídicas y fácticas, no existen condiciones para esperar que el Poder Legislativo ejerza, en el marco de su competencia vacía, un control político por el cual se cumpla con la Constitución, y por esa vía se

---

<sup>81</sup> Véase artículo 133 de la Constitución Política de Colombia.

puedan hacer compatibles las cláusulas de protección a los inversionistas con los fines de bienestar, desarrollo, prosperidad y mejora para asegurar la dignidad humana de los ciudadanos.

### 3. *Las vicisitudes de la jurisprudencia constitucional*

Las sentencias en las que se estudió la cláusula de expropiación indirecta de los tratados del DEI objeto de estudio se han construido, por una parte, con jurisprudencia que constituye una ruptura de la dogmática constitucional, y por otra, con una jurisprudencia absurda.

#### A. *Ruptura en la dogmática y mutaciones constitucionales*

La jurisprudencia fijada al revisar la expropiación indirecta no consideró el efecto neutralizador que esta posee sobre el poder regulador del Estado, así como el efecto de mutación o afectación de bienes constitucionales.

Por una parte, se configura con ella una tensión entre las facultades regulatorias estatales encaminadas al aseguramiento de intereses generales legítimos, por un lado, y la protección de la propiedad privada y del principio de la confianza legítima, derivado del principio de la buena fe del inversionista, por el otro. Pues generar el efecto de expropiación indirecta significa al mismo tiempo incumplir con una obligación internacional asumida y cumplir con un mandato constitucional exigible. O cumplir con la obligación del derecho internacional de las inversiones equivale a reducir los ámbitos de protección de los derechos humanos vinculantes desde el derecho interno y desde el derecho internacional de los derechos humanos. Dicha tensión tenderá a resolverse en favor los intereses particulares de los inversionistas.

De otra parte, produce variadas mutaciones constitucionales, como las siguientes:

- 1) La prevalencia del interés general sobre el particular, que es fundamento del Estado social de derecho y de la función de los poderes públicos, se trasmuta en todo lo contrario, para que prime el interés económico particular, bien en forma de impedir que lo primero se concrete a través de las normas de intervención, o bien cuando de hacerlo genere el derecho a una indemnización que compense integralmente la pérdida efectiva y cierta de las ganancias esperadas.

- 2) Se atribuye, sin análisis, un valor inusitado a la utilidad esperada, a través de seguridad jurídica y de derechos de propiedad, que beneficia a los inversionistas.
- 3) Al justificar la figura en el derecho de propiedad, transforma una posición jurídica de libertad de proyectarse económicamente, el clásico *animus lucri faciendo*, en una posición jurídica de garantía y de derecho a la ganancia, que se justifica en sí misma y se protege con estabilidad jurídica o con indemnización. Ello resulta en un privilegio para el inversionista extranjero, donde sus meras expectativas van poco a poco decantando en expectativa legítima, que finalmente pueden convertirse en derecho adquirido, derecho de propiedad sobre ese lucro esperado y que dio fundamento a la inversión en su conjunto. Este derecho, de no poderse garantizar por la regulación o intervención del Estado, da lugar a expropiación y a la indemnización equivalente.

No hay duda alguna de que el inversionista pierde lo que ha invertido si no puede hacer uso de los permisos que atribuye una licencia. La expropiación indirecta incluye eso y lo que se iba definitivamente a tener como utilidad, pues esos son los cálculos que resultan de la aplicación de los criterios con que se fija la indemnización cuando la figura se prueba. Pero también pierde la sociedad en general cuando no se dictan medidas que favorecen la protección de los derechos porque causan la expropiación indirecta, pues se cierran las opciones de materialización en términos de prohibiciones, prestaciones, derechos o libertades específicas.

Con la inadvertencia de la Corte Constitucional sobre el significado de la cláusula, la regla de derecho que se crea altera de manera notoria el derecho-principio de igualdad material, que viene a operar ya no en favor de sujetos en condición de vulnerabilidad manifiesta,<sup>82</sup> sino respecto de extranjeros titulares de grandes capitales.

Y si se trata de fortalecer la economía de mercado, el silencio de la Corte desatiende cómo la aplicación de la medida discriminatoria positiva en favor de los inversionistas extranjeros, cobijados por el tratado que incluye la cláusula, comporta una restricción cierta de la libre competencia de los actores económicos no amparados por ella y que son sustancialmente los nacionales.<sup>83</sup> Por lo tanto se produce una restricción de la competencia, de las oportunidades del mercado y de los derechos de libertad de los consumi-

---

<sup>82</sup> Véase artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>83</sup> Véase artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

dores. Ningún reflejo allí del mercado constitucional pluralista e incluyente del que habla Häberle.<sup>84</sup>

Con la jurisprudencia constitucional revisada también, implícitamente, se admite que el bienestar colectivo, la progresividad de los derechos sociales y la distribución equitativa de las oportunidades del desarrollo<sup>85</sup> dejen de ser considerados como fines del Estado social de derecho, para convertirse en cargas, causa de responsabilidad internacional del Estado o propósitos indeseables, en cuanto su realización represente despojo de unos beneficios económicos seriamente calculados.

Es cierto que el juez constitucional valora la importancia de las excepciones o regulaciones que no pueden dar lugar al reclamo de expropiación indirecta, previstas en los tratados. Empero, algunos razonamientos que ofrece a su respecto son oscuros. Así ocurrió al verificar los elementos comunes entre la expropiación directa e indirecta, donde observó que en ambos casos deben: (i) tener por causa la utilidad pública o el interés social, (ii) aplicarse de manera no discriminatoria, pero además (iii) debe mediar “un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización”, previo el cumplimiento de un procedimiento en el que (iv) “se respete el debido proceso”.<sup>86</sup> De este modo, reconoce que también frente a los actos que estén dirigidos a proteger los bienes jurídicos exceptuados corresponde pagar una compensación.

Tampoco ahondó en la forma en que la violación del principio de la buena fe podría ser, como se dijo, la base para reconocer la expropiación indirecta en los casos exceptuados<sup>87</sup> o en el alcance de esas “circunstancias excepcionales” en las que ni siquiera “objetivos legítimos de bienestar público”, tales como “la salud pública, la seguridad y el medioambiente”,<sup>88</sup> excluyen la ocurrencia de la expropiación indirecta y el deber de indemnizar por parte del Estado.

Un vacío que resulta aún más preocupante cuando, en el estudio del TBI con China, la Corte precisa sobre las “excepcionales circunstancias”,

---

<sup>84</sup> Häberle, Peter, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 21, 2008, pp. 23-42, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222942003>; véase asimismo Miccú, Roberto, “El mercado en la doctrina de la Constitución como ciencia de la cultura: las aportaciones de Peter Haberle”, *Revista de Derecho de Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 165-188.

<sup>85</sup> Véase Constitución Política de Colombia (artículos 2 y 334).

<sup>86</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-150..., *cit.*, y C-951...*cit.*

<sup>87</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

<sup>88</sup> *Idem.*

que estas entre otras se producen, “cuando dicha medida o serie de medidas son demasiado severas con respecto a sus fines”, de modo que “estas no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe”.<sup>89</sup> Es decir, que tales circunstancias por fuera de lo normal se constituyen desde lo normal, esto es, desde los elementos que permiten, en los casos no exceptuados, la configuración de la expropiación indirecta. O cuando recoge como ejemplos de la expropiación indirecta y del daño y la obligación de indemnizar por parte de los Estados demandados pronunciamientos de tribunales de arbitraje sobre asuntos que cabrían dentro de las excepciones. A saber, la “declaración de zona protegida para la conservación de una especie de vegetal desértica, unida al no otorgamiento de permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión...”, o la “revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos...”.<sup>90</sup>

La Corte, así, acepta entre líneas que las nociones de salud pública, medioambiente y seguridad no ofrecen garantía al poder regulatorio del Estado, y que por tanto su ámbito normativo de protección puede entenderse más o menos amplio y sobre todo más o menos restringido.

Finalmente, la ligereza del juicio de constitucionalidad sobre la expropiación indirecta también se manifiesta en particular frente a los tratados aprobados con posterioridad a 2011, al no estimar el impacto que la aplicación de la cláusula puede tener sobre el criterio de sostenibilidad fiscal, consagrado en la Constitución con la reforma introducida por el Acto Legislativo 3 de ese año.

Dicho ingrediente constitucional, aun desde su común y estrecha interpretación<sup>91</sup> —que la concibe como una “sostenibilidad presupuestal” por la que se procura cuidar en el mediano y largo plazo la capacidad del Estado para asumir los gastos públicos,—<sup>92</sup> no es tenido en cuenta por la Corte debiendo hacerlo.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-199..., *cit.*

<sup>90</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.* Se alude a los asuntos *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 agosto de 2000 y *Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003.

<sup>91</sup> Véase Gallego, Juan Estaban y Correa Henao, Magdalena, “Seis tesis sobre la política minera a partir del criterio constitucional de sostenibilidad fiscal”, *Minería y desarrollo, aspectos jurídicos de la actividad minera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, t. 1, pp. 412-465.

<sup>92</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-288 de 2012, C-132 de 2012 y C-490 de 2012.

<sup>93</sup> Véase artículo 334.3 de la Constitución Política de Colombia.

No analizó en efecto, como lo ha hecho en otros asuntos relacionados con otras expectativas legítimas y derechos adquiridos en materia del derecho a la pensión de vejez,<sup>94</sup> el resultado que sobre las finanzas públicas supone asumir un deber de indemnización que se puede imponer al Estado. Pues en términos de componentes y garantías asegurados, superan con creces el cálculo de mera compensación para adaptarse a las nuevas circunstancias que las medidas del Estado han generado,<sup>95</sup> y se convierten en un derecho a las utilidades esperadas que alcanza montos que castigan con mayor severidad los presupuestos públicos que otras medidas internas del Estado reconocidas como fiscalmente insostenibles.<sup>96</sup>

Lo paradójico es que, con base en el criterio de sostenibilidad fiscal, tras la aprobación de las normas que consagran la expropiación indirecta como garantía a la inversión extranjera, la regulación aún en favor de la realización del Estado social de derecho o de la economía social de mercado puede convertirse en fiscalmente insostenible, por el efecto que pueda tener al generar un gasto por concepto de daño indemnizable, excesivamente oneroso para el erario público.

Y en su conjunto, al convertirse en una obligación internacional, la cláusula de expropiación indirecta puede incluso convertirse en fundamento de nulidad de las normas jurídicas que dicte el Estado en cumplimiento de sus fines constitucionales, por invalidez (falta de competencia para anular los efectos de un tratado), por injusticia (desconocer los principios que sujetan las relaciones internacionales) o por sus efectos adversos (la indemnización por pagar a causa de la expropiación de utilidades esperadas). La cláusula de expropiación indirecta se vuelve entonces una garantía consolidada como norma jurídica poderosamente vinculante, que otorga enormes ventajas para el inversionista a costa de mutar la Constitución o de ignorarla.

---

<sup>94</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU-1073 de 2012 y C-258 de 2013.

<sup>95</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>96</sup> Un buen ejemplo lo representa la admisión, mediante Auto 184 de 2016, del incidente de impacto fiscal propuesto contra la Sentencia C-492 de 2015 de la Corte, en cuanto había condicionado la exequibilidad de una norma tributaria. Como quiera que la aplicación de la sentencia afectaba la sostenibilidad de las finanzas públicas con un impacto fiscal anual aproximado de \$335.000 millones, la Corte Constitucional suspendió provisionalmente los efectos de la misma.

### B. *Una jurisprudencia absurda*

Es incomprensible que la jurisprudencia constitucional analizada no haya otorgado atención suficiente al hecho de que el juez que reconoce la ocurrencia de la expropiación indirecta, y en su caso tasa la indemnización por pagar, no es el juez nacional sino son los tribunales de arbitraje internacionales. En tanto, no advierte sobre las diferencias en el sistema de fuentes que ese juez natural de las inversiones debe emplear, ni sobre la nula influencia que la jurisprudencia constitucional posee sobre sus decisiones.

De ahí que fuera meramente retórica la advertencia sobre el estricto cumplimiento de los requisitos previstos en los tratados como condición *sine qua non* para que el juez reconozca la expropiación indirecta como daño y el monto indemnizable,<sup>97</sup> en cuanto no existe mecanismo alguno desde el derecho interno e internacional para asegurarlo. O que sea una garantía imaginaria la condición de que sólo se constituye una expropiación indirecta cuando se acredita debidamente que la medida regulatoria produce un efecto equivalente a la expropiación directa, pues la forma en que dicha equivalencia se define no está regulada y en esa medida es objeto de la interpretación de los jueces.<sup>98</sup>

No es tampoco racional que se haya concebido la doctrina de la cosa juzgada *a priori* o *prima facie* de las sentencias de constitucionalidad sobre los tratados del DEI dictadas por la Corte, cuando prácticamente no la utilizó. Salvo en una de las decisiones estudiadas,<sup>99</sup> en todos los demás asuntos en los que se hizo a ellas referencia, no se empleó dicha doctrina al momento de declarar como exequibles las normas de los tratados contentivas de la expropiación indirecta.

Tampoco se hizo referencia a la cosa juzgada *a priori* o *prima facie* para precisar que la constitucionalidad establecida podría variar cuando durante la aplicación o ejecución del tratado, la realidad del mercado nacional y sus sectores, el tipo de cambio o el momento político y social alteraran radicalmente los supuestos de dicho juicio. Y en cuanto a la información remitida por el Gobierno para explicar las condiciones económicas preexistentes a la firma del tratado y sus ventajas, como era de esperar, esta solo sirvió para confirmar la constitucionalidad del tratado, pues así lo determina su fuente.

<sup>97</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

<sup>98</sup> Véase *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Caso CIADI, Núm. ARB/03/2015, laudo de 31 octubre de 2011; disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ia0271.pdf>.

<sup>99</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

En ese tanto, el juez constitucional no logra su pretensión de asegurarse que la decisión del Jefe de Estado de obligarse por el tratado no fue improvisada, sino que obedeció a un diseño de ordenación económica coherente y planificado, con las precauciones, salvaguardias y excepciones debidas que eviten la afectación en especial de los sectores más vulnerables.

Ahora bien, no sería justo desconocer el valor teórico que representa la doctrina sobre los efectos de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad sobre tratados del DEI. Con ello se alerta oportunamente sobre el poder transformador que tales tratados pueden tener sobre el orden jurídico, social y económico interno, y se propone una redefinición del control de constitucionalidad como fórmula para proteger, en última instancia, que los tratados, una vez ratificados, no disminuyan con exceso y desproporción ni el estado democrático, ni las garantías de realización de los derechos humanos.

El punto es que la aplicación de esa doctrina constituiría un proceder contrario u opuesto a la razón, sin sentido o disparatado, tanto frente al juzgamiento de las normas de desarrollo o en la solución de casos concretos, como frente a los tratados mismos.

Con relación a lo primero, es cierto que el ámbito en el que está llamada a aplicarse es en el estudio de las normas objetivas que desarrollen y concreten las posiciones jurídicas definitivas derivadas de los tratados (normas *non-self executing*) o en los procesos de ejecución administrativos o judiciales (normas *non-self executing* y normas *self-executing*). Mas como quiera que la cláusula de expropiación indirecta se ha declarado constitucional sin condicionamiento alguno y desde allí los tratados en las que se incluye se han ratificado sin reservas a su respecto, la interpretación del juez constitucional no se puede ni se debe emplear. Y esto es así porque al momento en que los jueces nacionales conozcan de las normas o de las situaciones de hecho en las que la expropiación indirecta pueda significar violación de la Constitución y de sus bienes, instituciones y derechos protegidos, les corresponde hacer primar la norma que desde el derecho internacional de los tratados obliga al Estado colombiano a privilegiar la posición jurídica del inversionista. De lo contrario, su decisión puede generar el daño indemnizable que la expropiación indirecta contempla.

Con relación a lo segundo, en efecto cabría estimar, como se formuló en la aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la sentencia que juzgó la constitucionalidad del TLC con Estados Unidos,<sup>100</sup> que la categoría de cosa juzgada *a priori* en verdad lo que comporta es una cosa juzgada relativa, ya no material sobre las normas o aplicaciones concretas,

---

<sup>100</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

sino sobre la norma del tratado internacional que consagra la cláusula de expropiación indirecta. Pues por las “limitaciones del control abstracto y previo, sobre todo cuando se trata de instrumentos internacionales”, tan complejos como el que entonces se estudiaba, era oportuno que la Corte revisara “su doctrina en torno al control de los tratados internacionales”.<sup>101</sup>

Bajo el supuesto anterior, la competencia para “decidir definitivamente sobre la exequibilidad” de los tratados y de las leyes que lo aprueban, “debe ser interpretad[a] en el sentido que el alcance del adverbio definitivamente se circunscribe a los motivos de inconstitucionalidad examinados por la Corte en su decisión y no puede incluir aspectos que no hayan sido objeto del examen de constitucionalidad”.<sup>102</sup> Es decir que el control de constitucionalidad sobre los tratados se reconocería como un control definitivo pero relativo, por el cual “tanto los tratados internacionales, como sus leyes aprobatorias” podrían “ser objeto de demanda ciudadana presentadas con posterioridad a su ratificación, siempre y cuando éstas versen sobre cargos que no hayan sido examinados por la Corte Constitucional”.<sup>103</sup>

Cargos relacionados, por ejemplo, con la violación del derecho al agua potable, o a la salud pública, o a la supervivencia de una comunidad etnoculturalmente diferenciada, o la preservación de especies y ecosistemas protegidos, que la expropiación indirecta establecida en el tratado produzca *per se*. De ser acreditados estos cargos en el hipotético nuevo proceso de control de constitucionalidad por vía de acción pública, darían lugar a declarar contrario a la constitución el tratado en su integridad o dicha cláusula, producto de lo que la jurisprudencia de la Corte ha llamado el vicio de inconstitucionalidad sobreviniente.<sup>104</sup>

La anterior interpretación, aunque plausible por esclarecer el significado de la cosa juzgada constitucional sobre los tratados del DEI incorporados al derecho colombiano y por soportarse en el principio de supremacía constitucional, mal podría ponerse en práctica, cuando menos sin tener en cuenta muchas salvedades específicas respecto a su aplicación en el tiempo.

Pues de admitirse la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula como la de la expropiación indirecta por los efectos directos en contra de la realización de derechos humanos, por ejemplo, la sentencia sólo podría proferirse con efectos suspensivos, hasta tanto el Gobierno no procediera a

---

<sup>101</sup> El voto está disponible en: <http://actualicese.com/normatividad/2008/07/24/comunicado-de-sentencias-c-750-y-c-751-de-24-07-2008/>.

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> García Matamoros, Laura Victoria, “Control constitucional de los tratados públicos a la luz del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 1, núm. 1, 1999, p. 112.

denunciar el tratado y a renegociarlo de modo tal que su contenido estuviese conforme a la nueva sub-regla constitucional.<sup>105</sup> De otro modo, sin cumplir con esta condición, estaría en términos irremediablemente conservadores imponiendo la anarquía, o que el Estado incumpla una obligación internacional, con total desconocimiento del derecho de los tratados que hace parte del sistema de fuentes del derecho colombiano.

Así, no es del todo claro que un pronunciamiento de tal naturaleza fuese considerado legítimo, pues a la luz del principio de separación de poderes bien podría interpretarse como una invasión del Poder Judicial constitucional sobre la atribución del Jefe de Estado para dirigir las relaciones internacionales.<sup>106</sup> Y en ese mismo orden, no es que el Gobierno estuviera obligado a adoptar la decisión *a posteriori o definitiva* del juez constitucional, pues desde la declaratoria de exequibilidad del tratado y su posterior ratificación ante la comunidad internacional, la Corte ya no tendría competencia para pronunciarse sobre su validez. De hallarse ella en cuestión, “en virtud del respeto y observancia a la norma *pacta sunt servanda*, el órgano Ejecutivo del Estado colombiano estaría conminado a acudir a los conductos regulares, para, según un procedimiento del orden jurídico internacional, desatar en ese ámbito el vínculo, procediendo a denunciar el tratado”.<sup>107</sup>

Y en el hipotético caso de que el Gobierno, y con él todas las autoridades públicas, acogieran la sentencia de inexecutable y dieran aplicación inmediata a su mandato de excluir del ordenamiento jurídico nacional una obligación internacional ya contraída, el resultado de tal determinación no sería otro que el de llevar al Estado colombiano a un incumplimiento de dicha obligación internacional ya contraída, violando los principios y reglas del derecho internacional de los tratados.

Tan peligroso es pensar en una “judicialización [*a posteriori*] de las relaciones internacionales”, como en la banalización de los pronunciamientos de la Corte Constitucional derivados en fallos no acatables, frente a lo que además no contaría con ninguna medida correctiva “en el ámbito internacional, teniendo en cuenta que el único negociador reconocido en este campo es el presidente de la República”.<sup>108</sup>

En suma, la jurisprudencia constitucional trazada sobre la expropiación indirecta y sobre los efectos de la cosa juzgada de las sentencias que declaran

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>106</sup> Olano García, Hernán Alejandro, “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre de 2006, p. 571.

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> García Matamoros, Laura Victoria, *op. cit.*, p. 113.

la constitucionalidad de los tratados de DEI que la introducen en el derecho colombiano, no ha sido ni completa, ni rigurosa ni coherente.

Por tanto, es un tercer hallazgo la verificación de que, como interpreta y ejerce sus funciones, no se advierte al juez constitucional como la autoridad judicial que contenga la fuerza normativa de esa expectativa legítima protegida, de ese derecho de propiedad o de indemnización extendido para los inversionistas, de modo tal que no neutralice, aminore o haga indeseable o imposible la protección de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, así como los mínimos de igualdad material de los sujetos más vulnerables.

## VI. ALTERNATIVAS, PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

Más allá de las demandas existentes y de las que se avecinan, así como de los procesos principalmente arbitrales internacionales en los que se deberá enfrentar y controvertir el reclamo de ocurrencia de expropiaciones indirectas,<sup>109</sup> son, por decir lo menos, alarmantes las perspectivas que se proyectan sobre el orden económico, social y ambiental. Lo anterior, como quiera que el concepto de justicia que él debe concretar dependerá sobre todo de no vulnerar el derecho a las utilidades, o de la capacidad de pago tanto de los gastos que las medidas de intervención impliquen, como de las indemnizaciones por expropiación indirecta que en su caso se generen. Esto sin olvidar que los tratados del DEI y sus garantías para la inversión extranjera se anuncian desde ya como obstáculos para el desarrollo y el posconflicto.<sup>110</sup>

Así, como respuesta a los hallazgos sobre el ejercicio de las competencias constitucionales previstas para autorizar la ratificación de los tratados del DEI que contienen la cláusula de la expropiación indirecta, resulta oportuno argumentar en favor de una interpretación más constitucional de las mismas, en términos de un ejercicio más transparente de la función presidencial, un control político más democrático del Congreso de la República y un juicio más estricto, garantista y oportuno por parte del juez constitucional.

Las interpretaciones que guían la forma clásica con que se han ejercido, dentro del proceso de incorporación de los tratados internacionales, las

---

<sup>109</sup> Véase González, Carlos Eduardo, “Con demandas de Telefónica y Claro, Colombia librará cinco pleitos en el Ciadi”, *Diario La República*, 28 de julio de 2017, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/colombia-librara-cinco-pleitos-en-el-ciadi-2531138>.

<sup>110</sup> Perrone, Nicolás M., “Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. 9, 2016, pp. 273-308.

competencias conferidas a los poderes públicos desde la Constitución, ya no se ajustan a la realidad que describe las relaciones internacionales.

En efecto, la solidez y regularidad con que se protege como reservada la información asociada a las relaciones internacionales, carece de soporte en el mundo contemporáneo, donde no solo se negocia para resolver conflictos fronterizos o cuestiones de seguridad y defensa nacional, o persecución de los delitos y de las organizaciones criminales transnacionales. Tiene sentido que exista y se estime como legítima la opacidad o el secreto sobre las determinaciones que giran en torno de tales específicas materias, pero no lo tiene cuando lo que se está acordando es un nuevo orden económico en el cual el Estado colombiano se obliga a mantener una seguridad jurídica para unos ciertos actores económicos extranjeros, a costa de su poder de intervención pública económica o de sus finanzas públicas de por sí escasas.

Desde la doctrina cabe entonces evaluar y repensar si existen aún razones para justificar dicho poder intocable o si al contrario, en el entorno de los Estados abiertos al mundo y de los mercados cada vez más globales, cabe distinguir, y levantar la reserva para los tratados que inciden sobre la sociedad, sus derechos y sus oportunidades, la pluralidad de sus mercados, los recursos naturales, los recursos del subsuelo o el patrimonio público.

Es igualmente necesario revisar la función atribuida al Congreso de la República como manifestación del principio democrático representativo dentro del proceso de incorporación cuando menos de los tratados económicos. Debe analizarse, desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional de los tratados, si cabría estudiar las reformas constitucionales y legales necesarias que eliminaran las restricciones expuestas al poder del legislador, bien a través de la inclusión de mecanismos que permitan requerir y acceder a la información sobre las instrucciones diplomáticas o de las negociaciones, o bien con la disposición de un procedimiento legislativo diferenciado, más extenso en el tiempo, más exigente en requisitos de deliberación y aprobación y más abierto a la participación ciudadana.

Ello a fin de hacer posible que en la discusión del proyecto de ley aprobatoria se cuente con los atributos y habilitaciones suficientes para conocer el fundamento de lo acordado y para estar en capacidad de sopesar su impacto sobre la vida de los ciudadanos y sobre la economía nacional privada y pública.

Y en su defecto, esto es, aunque las aludidas reformas no se concreten, es dable apelar para que el legislador ejerza aun dentro de su margen estrecho de decisión, un control político de mayor peso que resulte más consistente con su lugar dentro del Estado y con el efecto útil de las normas que imponen su intervención dentro del proceso de incorporación de los tratados.

Un control que con voluntad política es posible, recurriendo por ejemplo a los instrumentos con que cuenta para mejorar el entendimiento de los tratados sometidos a su conocimiento, sus cláusulas, los compromisos que impone al Estado y los efectos positivos y negativos que su aplicación puede tener sobre el derecho interno, para así discutir, votar y decidir en el marco de sus competencias constitucionales, sobre la aprobación, inaprobación y lo que hay en medio posible.

Con una interpretación como la indicada de la competencia del legislador, es válido argumentar que “el trámite legislativo de aprobación de un tratado no consiste únicamente en aprobar o improbar de forma general su contenido, sino que el Congreso tiene adicionalmente la posibilidad de aprobar parcialmente un tratado o de formular reservas y declaraciones interpretativas”, que no signifiquen su modificación de los fines y objetivos del tratado, esto es de su contenido general.<sup>111</sup> Y lo es también entender que la renegociación no es una opción ilegítima dentro del proceso de ratificación de un tratado, pues su sentido es atender entre otras las exigencias de las autoridades del Estado habilitadas para hacerlo.

Solo así la función del Congreso de la República puede ser compatible con el valor que le corresponde dentro del Estado, como foro representativo y pluralista por excelencia, para que tras la deliberación sujeta a un procedimiento público se determine si es oportuna, conveniente, equitativa, justa e igualitaria la forma en que el tratado reparte derechos y obligaciones, sin lesionar de manera innecesaria y excesiva los intereses nacionales y los derechos humanos vinculados.

De modo subsidiario resulta defendible argumentar en favor de un control de constitucionalidad más riguroso y oportuno frente a los tratados públicos, en especial sobre los de carácter económico. Sin embargo, antes de desarrollar este argumento, conviene recalcar que la correcta articulación del DEI con los fines, objetivos e instituciones del Estado constitucional no puede depender solo o principalmente del juez constitucional, ni debe serlo de los jueces comunes o de las autoridades administrativas durante la ejecución de los tratados y sus reglamentos.

Porque, sin duda, la legitimidad y la capacidad de maniobra que poseen el gobierno y el legislador son mayores y razonablemente mejores, en cuanto sus decisiones pueden ser más consistentes, coherentes y eficaces, al poseer la visión de conjunto, la voluntad de desarrollo y el haber competencial idóneo

---

<sup>111</sup> García Orjuela, Carlos, “Competencias del Congreso de la República, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Colombia Internacional*, núm. 61, enero-junio de 2005, pp. 148-161.

para que la internacionalización de las relaciones del Estado se acuerde con un balance costo-beneficio política y constitucionalmente aceptable.

Mas en el evento de que nada de lo anteriormente dicho se considere admisible, o de que aun siéndolo no logre hacerse efectivo por falta de interés de los actores políticos que podrían permitirlo, como *última ratio* cabe sostener la importancia de que el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos se distinga o diferencie según la naturaleza de lo que regulen y su grado de afectación de contenidos sustanciales del orden constitucional. Y en ese marco, cabe revisar la función que cumple la Corte Constitucional dentro del proceso de adopción de las obligaciones internacionales que contemplan los tratados y, con ella, el valor que posee el principio de supremacía de la Constitución.

Como se aprecia en el derecho comparado, no es razonable que se aplique el mismo escrutinio cuando se revisan cláusulas que promueven la amistad entre los Estados, mecanismos de cooperación para la persecución de las organizaciones criminales transnacionales o medidas para estimular el comercio y la inversión extranjera.<sup>112</sup> En cada caso se deben ponderar los bienes constitucionales en juego y, en ese orden, el margen de autonomía o discrecionalidad del Jefe de Estado, o de discusión y control político del Legislativo.

Con relación a los tratados de DEI, al comprometer, como en efecto ocurre, elementos sustanciales de la Constitución económica y con ella, la noción de orden económico justo, y al significar como sucede con la cláusula de expropiación indirecta una alteración tan honda de principios del orden constitucional, es necesario que su juicio sea más exigente. Pues a falta de transparencia en el proceso de negociación y firma y a falta de un control político eficaz, le corresponde al juez constitucional desplegar toda su capacidad analítica para asegurar que con la introducción de sus normas y obligaciones en el derecho interno no se atente, desfigure o mute la Constitución.

Serían a este respecto útiles reformas legales y de reglamento en las que se aprobara un procedimiento interno que ampliara los términos para estudiar tratados complejos y/o extensos y que reforzara sus competencias probatorias, así como la intervención ciudadana, de las organizaciones sociales, de los centros de estudios, de las universidades y de los expertos.

Pero aún sin ellas, con lo que hay, es dable apelar porque el control previo, automático, integral, participativo y definitivo sobre los tratados

---

<sup>112</sup> Nástic, Maja, “Constitutional Review of International Agreements from Comparative Law Perspective”, *Law and Politics*, vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 60–62.

económicos se ejerza de modo tal, que con la fuerza normativa de la cosa juzgada constitucional se impida a tiempo que el Estado asuma obligaciones de garantía, prohibición o restricción que socaven la vigencia del principio democrático y la eficacia de los derechos humanos/fundamentales reconocidos.

Es necesario un control constitucional previo con test estricto o riguroso para las cláusulas que conforme la experiencia tengan la capacidad de neutralizar o disminuir el Estado democrático y social de derecho. Un control que, además de analizar la justificación constitucional para la firma y aprobación, rinda cuenta de la idoneidad de las cláusulas específicas que contiene para alcanzar las finalidades perseguidas, pero sobre todo del carácter indispensable de las obligaciones internacionales adquiridas y de la ponderación entre las ventajas y desventajas que acarrearán, sus costos y beneficios y el resultado que en definitiva pueden asegurar en términos de bienes o derechos limitados y protegidos.

Solo así cumplirá con la función constitucional que le corresponde, para declarar con certeza o la constitucionalidad del tratado y de sus preceptos, o su inconstitucionalidad total o parcial, e imponer así al Jefe de Estado el mandato de no ratificación, o la inclusión de reservas y las declaraciones interpretativas previas en la presentación del consentimiento internacional, con las cuales no se busca que el Gobierno rompa ni el objeto ni el fin del tratado, pero sí que precise “la posición colombiana, a fin de que el país pueda adquirir y cumplir sus obligaciones internacionales con transparencia y de buena fe, presupuesto para poder una rigurosa aplicación al principio esencial en esta materia: *Pacta sunt servanda*”.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998.