



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES | No. 2022-26

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

Jose Gustavo Prieto Muñoz

ISSN 2702-9360



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES

No. 2022-26

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

AUTHOR

Jose Gustavo Prieto Muñoz

EDITORIAL DIRECTORS

Armin von Bogdandy, Anne Peters

EDITOR-IN-CHIEF

Moritz Vinken

TECHNICAL ASSISTANCE

Verena Schaller-Soltau

Angelika Schmidt

ISSN 2702-9360

All MPIL Research Papers are available on the MPIL website at <https://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> and on the SSRN at https://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=2765113

Copyright remains with the author

Suggested citation

Prieto Muñoz, Jose Gustavo, El poder de las cortes constitucionales en el derecho internacional de inversiones: tres escenarios conceptuales (The Power of Constitutional Courts in International Investment Law: Three Conceptual Scenarios) (November 16, 2022). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022-26, Forthcoming in: René Urueña (ed.) "Control constitucional del derecho internacional de inversiones", Universidad de Los Andes, Colombia (2023).

Available at SSRN:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4280326

ABSTRACT

The chapter argues that when a constitutional court is asked to solve a possible normative conflict between an international investment agreement (IIA) and a national constitution, it is not only deciding whether or not the treaty is compatible with domestic law but is also carrying out a self-definition exercise of its role in the transnational legal space. After analyzing the experience of the constitutional courts in Costa Rica, Colombia, Ecuador, and the Court of Justice of the European Union, this chapter sketches three types of relationship strategies that constitutional courts could use in front of international investment law: alignment, conditional coexistence, and escalation. The chapter concludes that among those, the conditional coexistence strategy is the one that could allow a constitutional court to protect national constitutional values more effectively by exerting more influence over the content of international investment law.

RESUMEN

El capítulo argumenta que cuando una corte constitucional debe resolver un conflicto normativo entre un acuerdo internacional de inversiones (AII) y una Constitución nacional, no solo está decidiendo sobre la compatibilidad o no del tratado con el derecho interno, sino también desarrolla un ejercicio de autodefinición de su papel en el espacio jurídico transnacional. Repasando la experiencia de las cortes constitucionales en Costa Rica, Colombia, Ecuador y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este capítulo define tres tipos de estrategias de relación entre cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones: alineamiento, coexistencia condicionada y escalada. Se concluye que, entre estas, la estrategia de coexistencia condicionada es aquella que otorga mayor poder a las cortes constitucionales sobre el contenido del derecho internacional de inversiones, siendo el medio más idóneo para proteger los valores o los mandatos transformadores contenidos en las Constituciones latinoamericanas.

KEYWORDS:

international investment law, constitutional courts, legitimacy, accountability, international rule of law

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

José Gustavo Prieto Muñoz**

Introducción

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

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

Una característica de la oposición a los AII y al derecho internacional de inversiones, en general, es que esta resistencia se expresa en una clave de derecho constitucional¹. Por

* Agradezco a Stephan Schill, Catharine Titi, Silvia Steininger y Franz Ebert, por los comentarios efectuados al documento de trabajo “*Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence*”, una base para este capítulo y que fue publicado en: Stephan Schill, Christian Tams ‘International Investment Protection and Constitutional Law’, Edward Elgar (2022).

De igual forma, mi gratitud al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de la ciudad de Heidelberg, Alemania, donde una parte de este manuscrito fue escrito. Este capítulo se terminó de escribir como parte de una beca de investigación (BOF.PDO.2020.0048.01) de la Universidad de Gante, Bélgica. También mi agradecimiento a René Urueña, por sus comentarios a la versión final de este texto.

** FWO Senior Researcher at Ghent University. Department of European, Public and International Law, Human Rights Centre and Human Rights in Context. Todos los sitios web fueron accedidos por última vez el 16.11.2022.

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

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

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

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

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

Las cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones: tres escenarios conceptuales

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

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

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

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

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

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

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

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

La importancia de las cortes constitucionales en el derecho internacional de inversiones se explica también por el actual proceso de reforma a la red de AII⁸, compuesta por más de dos mil tratados a nivel global. Una gran mayoría de esos tratados fueron negociados en la década de los noventa y han concluido el periodo inicialmente acordado de duración⁹. Esto ha ocasionado que sean o bien terminados o que se hayan negociado nuevos tratados para reemplazarlos. Este desarrollo de nuevos tratados coloca a las cortes constitucionales en la posición de evaluar, luego de varios años, la constitucionalidad de estas nuevas normas. Sin embargo, al mismo tiempo está exponiendo a las cortes constitucionales a una *dimensión transnacional legal*¹⁰, compuesta no solo por nuevos tratados, sino también por grupos sociales fuera del Estado que ejercen presión sobre la aceptación o no de los nuevos tratados. Estos grupos sociales externos están constituidos por una infinidad de actores, como compañías transnacionales, gremios profesionales, grupos de derechos humanos, ambientales, entre otros. Cada uno de estos grupos tiene una lectura diferente del valor de los AII en la economía global y usualmente manifiestan su oposición o respaldo a un AII en una clave constitucional que incluye la protección de valores democráticos o de derechos fundamentales específicos. Por lo tanto, cuando una Corte decide sobre la constitucionalidad de un AII inadvertida o conscientemente, define una postura frente a esta dimensión transnacional, ya sea de alineación, resistencia o búsqueda de un punto medio de convergencia.

Los últimos años, algunos autores en la literatura del derecho internacional y del derecho constitucional han manifestado un interés sobre la relación de las cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones¹¹, sin que exista hasta el

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

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

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

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

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

momento una teoría universalmente aceptada. Sin embargo, existen varios trabajos que han estudiado la relación general entre cortes constitucionales y derecho transnacional o internacional, los cuales pueden servir como punto de partida o coordenadas de aproximación para el derecho internacional de inversiones.

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

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

Finalmente, una postura media, que está mucho más cerca de la convergencia que de la resistencia, es la de *interacción*. Bajo este entendimiento, las cortes tienen una función menos universal y menos “sistémica” en la institucionalidad (*rule of law*) de la comunidad internacional. Sin embargo, las cortes tienen un autoentendimiento como actores

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

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

transnacionales a través del cual pueden defender las particularidades domésticas puntuales dentro de un sistema internacional.

Varios ejemplos de *interacción* se pueden encontrar en el desarrollo del derecho comunitario europeo, en el que en más de una ocasión las cortes constitucionales de los países miembros de la Unión Europea han tomado decisiones que han entrado en tensión con la jurisprudencia del TJUE, sin desconocer la autoridad de este último sobre la interpretación y la autonomía del derecho comunitario. Por ejemplo, en 1974, el Tribunal Constitucional alemán, en la llamada sentencia Solange I¹⁴, estableció una reserva donde, en caso de conflicto entre el derecho comunitario europeo y los derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana, la última debería prevalecer siempre que el derecho comunitario no posea un catálogo de derechos fundamentales comparable. El Tribunal alemán fue objeto de críticas, en especial por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas (que luego se convertiría en la Unión Europea), que revirtió su enfoque en 1986, en la sentencia Solange II¹⁵, donde afirmó que las circunstancias habían cambiado y abandonó las reservas anteriores.

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

De los trabajos expuestos se pueden tomar varios puntos para analizar. En el presente texto utilizo el trabajo de Jackson y parto de sus tres posturas frente a lo transnacional para

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

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

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

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

analizar el contexto específico del derecho internacional de inversiones. Esta decisión, con el fin de usar uniformemente un vocabulario, se justifica porque el trabajo de Jackson es también el más amplio desarrollado sobre cortes constitucionales y no solo sobre cortes domésticas en general o actores económicos.

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

Alineamiento: constitucionalidad incondicional

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

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

puede esta Sala apreciar que el convenio consultado [TBI Canadá-Costa Rica], en cuanto a sus normas sustantivas, no hace sino sistematizar diversos aspectos regulados en forma difusa en el ordenamiento jurídico

costarricense. No introduce el convenio ninguna innovación de importancia en el ordenamiento vigente, e incluso declina de su normatividad supra legal al disponer que las reglas que establece deberán ser aplicadas dentro del marco de la normativa nacional aplicable, sin que la puesta en vigor del convenio signifique sustitución alguna, sino que impone simple relación de subsidiariedad: de no existir normas referentes a los aspectos regulados por el convenio, este será puesto en práctica; de existir, prevalecerá la normativa interna. En lo referente a las normas de remisión a las formas de solución de controversias del Derecho Internacional, ellas no introducen ninguna novedad efectiva en el régimen de resolución de dichas disputas en el Sistema Internacional, sin que pueda esta Sala tampoco constatar que las competencias constitucionales propias del Poder Judicial estén de alguna forma siendo vulneradas.¹⁸

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

Una de las razones para este alineamiento es que la propia Constitución de Costa Rica contiene cláusulas explícitas de reconocimiento del arbitraje como derecho fundamental, en especial el artículo 43, que prescribe: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.¹⁹ En el 2008, la Sala Constitucional, en su Resolución n.º 14831-2008, reconoció que el arbitraje de inversiones también debe entenderse como un derecho del inversionista, conforme al artículo 43 de la Constitución, siendo facultativo para el inversor extranjero el acudir a la justicia local o al arbitraje internacional.²⁰ La Sala Constitucional inclusive aclaró que el Estado costarricense, al haber consentido al arbitraje en un tratado, no podría alegar restricción de su soberanía en caso de que un inversionista decida ejercer este derecho. La Corte expresó el siguiente razonamiento:

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

¹⁹ Constitución Política de Costa Rica de 1949.

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

el hecho de que el Estado demandado tenga que defenderse en la vía que escoja el inversionista, no implica que esté renunciando a su soberanía, ni lo hace un mecanismo forzoso o inconstitucional en nuestro país. El Estado demandado al suscribir voluntariamente el Tratado, consiente previamente llegar a dirimir este tipo de controversias en un panel arbitral, lo cual ocurre igual en el mecanismo Estado-Estado, en el que el demandante es quien fija la vía donde se dirimirá una controversia (CAFTA vrs OMC), y no por ello se entiende que se trate de un mecanismo forzoso para el demandado. En ambos mecanismos, existe una cláusula compromisoria previamente pactada a través de un acuerdo de voluntades entre Estados, que de ninguna manera puede entenderse de suscripción obligatoria, pues siempre queda la posibilidad de que Costa Rica rechace la aprobación del tratado si no está de acuerdo con dicha cláusula, ya sea en el ámbito legislativo por los representantes de la soberanía popular, o a través del referéndum, donde el pueblo tomará tal decisión.²¹

El alineamiento incondicional en el derecho internacional de inversiones puede explicarse por un desconocimiento inicial del alcance de las obligaciones contraídas en los primeros AII. Ha sido ampliamente documentado el TBI entre Alemania y Pakistán en 1959; sin embargo, el primer caso de arbitraje internacional de inversiones basado en un tratado fue el caso *APPI v. Sri Lanka*, en 1990²²; luego de este, más de mil casos de arbitraje internacional han sido registrados. Si se toma en cuenta que una gran cantidad de AII fueron negociados y aprobados en la década de los noventa, era muy difícil que una Corte pudiera prever las diferentes interpretaciones que se darían a los estándares de trato. No obstante, como demuestra el caso de Costa Rica, una Constitución puede también incluir cláusulas explícitas, como el artículo 43, que reducen la posibilidad de que un tratado en el futuro entre en conflicto con la Constitución, favoreciendo una postura de alineamiento incondicional con el derecho internacional de inversiones.

En cualquier caso, esta postura predeterminada frente al derecho internacional de inversiones parece cambiar luego de que el Estado anfitrión es demandado por un inversionista, casos que suelen tener un alto perfil mediático. Luego de que esto sucede, usualmente el caso por su dimensión trasciende al debate público. La razón para este proceso de aprendizaje de los Estados radica en que los casos permiten comprender que el

²¹ *Ibid.*

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

arbitraje de inversiones representa un ejercicio de autoridad pública²³ por parte de un tribunal arbitral. Esto significa que un tribunal tiene la capacidad de evaluar la legalidad, a luz del tratado, de los actos de cualquiera de las funciones del Estado e imponer una consecuencia —el pago de una indemnización.

Escalada: inconstitucionalidad incondicional

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

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

Esta es la conclusión que se extrae al analizar dos casos de escalamiento utilizados por la Corte Constitucional colombiana (1996) y la Corte Constitucional ecuatoriana (2010-2014). En estos casos, las cortes utilizaron una reivindicación de supremacía para, por una parte, impedir la ratificación del TBI entre Reino Unido-Colombia y, por otra, para declarar inconstitucionales a diecisiete TBI luego de la entrada en vigencia de una nueva Constitución en Ecuador.²⁴ En el caso colombiano, como se argumentará, la declaratoria de inconstitucionalidad provocó un proceso de reforma constitucional en 1999 para adecuar la

²³ Armin Bogdandy e Ingo Venzke, *In whose name? a public law theory of international adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 2014), DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198717461.001.0001>.

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

Constitución a la norma internacional. Por otra parte, como también se explicará, en Ecuador la Corte perdió influencia sobre su propia Constitución, que en los últimos años ha sido interpretada por tribunales arbitrales. Adicionalmente, en el caso ecuatoriano, en el 2018 surgió una solicitud del presidente de la Asamblea Legislativa²⁵ para que la Corte actual emita una nueva interpretación del texto constitucional que permita al Ecuador retornar al régimen internacional de inversiones.

Corte Constitucional colombiana: TBI Reino Unido-Colombia 1996

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

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

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

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

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

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

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.²⁶

Esto a criterio de la Corte significaba claramente que el TBI impedía al Legislador colombiano decidir un tipo de expropiación que la Constitución expresamente autorizaba, por lo que debía declararse inconstitucional. Adicionalmente, la Corte determinó que la expropiación sin indemnización por equidad era coherente en el contexto del artículo 21.2 del Pacto de San José de Costa Rica, en el que se establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de “indemnización justa”²⁷. En un determinado caso, razonaba la Corte, el Legislador puede decidir “en justicia” que el pago de una indemnización no debía realizarse.²⁸

Finalmente, la Corte concluyó que, de permitirse la entrada en vigencia del artículo 6.º del TBI, también existía una transgresión del artículo 13 de la Constitución. Dicho artículo establece el postulado de igualdad entre todas las personas que recibirán el mismo trato sin discriminación del “origen nacional”. En caso de una medida de expropiación por equidad, razonó la Corte, los ciudadanos británicos recibirían un trato más favorable que los colombianos o que otros nacionales que no podrían acceder al pago de una indemnización.²⁹ Como conclusión, la Corte colombiana resolvió que el artículo 6.º era inconstitucional (inexequible).

La resolución no fue unánime y un grupo de jueces disidentes redactaron un voto salvado donde se cuestionó la lectura de la mayoría. El voto salvado criticó el razonamiento del fallo, al que calificó como “asistémico” e “inflexible”, y advierte que lo único a lo que

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

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

²⁸ *Ibid.*, apartado 1.3.

²⁹ *Ibid.*, apartado 2.

conduciría es a la reforma misma de la Constitución.³⁰ La lectura del artículo 58 de la Constitución debía darse, razona el voto salvado, dentro de una triple salvaguardia — legalidad, compensación y defensa judicial³¹—, que puede encontrarse tanto en el tratado como en el sistema doméstico y en la Constitución colombiana. Por lo tanto, desde este punto de vista no se observa “un conflicto irresoluble” entre el artículo 58 y el AII.

El voto salvado también discrepa de las razones adicionales expuestas, sobre todo en lo relacionado con la presunta violación al principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución. A juicio de los magistrados disidentes, la Corte adoptó una “posición excesivamente simplista” sobre la igualdad.³² La razón es que no se tomó en cuenta que los inversores están excluidos de los derechos políticos de representación que sí gozan los nacionales. Esta exclusión, explica el voto salvado, significa la falta de acceso a los mecanismos convencionales de rendición de cuentas que los ciudadanos normalmente poseen frente a los poderes públicos. Si una autoridad pública incurre en prácticas que afectan los derechos de nacionales, estos, al menos en teoría, pueden manifestar su descontento otorgando en el futuro su voto a otra facción política. Desde este punto de vista, se puede concluir de las palabras de los disidentes que los estándares de trato a los inversores representan una forma de nivelar esta ausencia de mecanismos políticos de los extranjeros para la rendición de cuentas.

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

El proceso de globalización e internacionalización de las economías mundiales apareja, en consecuencia, una nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación. En la actualidad, la soberanía estatal debe entenderse como una forma particular de “estar

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

³¹ *Ibid.*, apartado 3.

³² *Ibid.*, apartado 8.

en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales, que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica solo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendentes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía solo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y las necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.

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

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

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

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

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

final fue lo opuesto: la Constitución colombiana tuvo que reformarse para poder adaptarse a un solo artículo de un TBI.

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

Corte Constitucional ecuatoriana: diecisiete sentencias entre 2010 y 2014

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

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

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

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

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

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

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

Luego de la promulgación de la Constitución, el presidente ecuatoriano durante ese periodo solicitó a la Corte Constitucional que se pronunciara y declarara la inconstitucionalidad de los diecisiete TBI donde Ecuador formaba parte y que se encontraban todavía vigentes.³⁶ Como resultado en los siguientes años desde el periodo 2010-2014, la recientemente formada Corte Constitucional ecuatoriana, establecida con base en la Constitución de 2008, emitió diecisiete sentencias³⁷ en las que se llega a la

³⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008.

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

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 023-10-DTI-CC, 2010 [Alemania-Ecuador]; Sentencia n.º 0003-13-DTI-CC, 2013 [Argentina-Ecuador]; Sentencia n.º 0001-14-DTI-CC, 2014 [Bolivia-Ecuador]; Sentencia n.º 035-10-DTI-CC, 2010 [Canadá-Ecuador]; Sentencia n.º 038-10-DTI-CC, 2010 [Chile-Ecuador]; Sentencia n.º 027-10-DTI-CC, 2010 [China-Ecuador]; Sentencia n.º 010-13-DTI-CC, 2013

misma conclusión: el Ecuador debía terminar, mediante procedimiento de denuncia, todos los diecisiete tratados vigentes. Sin embargo, y de forma curiosa, las diecisiete sentencias justificaron sus resoluciones de diferente manera. Adicionalmente, en este grupo de sentencias y, a pesar de diferentes reflexiones hechas sobre la conveniencia para el Ecuador de firmar o no TBI, en los diferentes fallos no se da una respuesta argumentada al principal problema jurídico del artículo 422, esto es, establecer si las controversias internacionales sobre inversiones podrían entenderse como “controversias contractuales o de índole comercial”.

Los diferentes fallos hacen referencia a un informe del pleno de la Corte del 25 de marzo del 2010, donde los TBI son categorizados como “comerciales”; no obstante, las sentencias no contribuyen con un análisis específico de por qué se llegó a esta determinación, ni exponen las razones que este informe usa para llegar a dicha conclusión. De esta forma, la Corte ecuatoriana se deslindó del derecho internacional de inversiones. Sin embargo, un elemento adicional que no tomó en cuenta la Corte en ninguna de sus sentencias fue el tiempo que tomaría para que efectivamente los tratados de inversión sean terminados y sus obligaciones se extingan para el Estado ecuatoriano.

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

Al tiempo de sobrevivencia de las obligaciones de un TBI, se debe sumar el tiempo real que toma a un Estado entregar la nota diplomática de denuncia de un tratado. Esto sucede porque, en términos prácticos, la denuncia de un tratado debe cumplir una serie de

[España-Ecuador]; Sentencia n.º 043-10-DTI-CC, 2010 [Estados Unidos-Ecuador]; Sentencia n.º 026-10-DTI-CC, 2010 [Finlandia-Ecuador]; Sentencia n.º 031-10-DTI-CC, 2010 [Francia-Ecuador]; Sentencia n.º 022-13-DTI-CC, 2013 [Italia-Ecuador]; Sentencia n.º 030-10-DTI-CC, 2010 [Países Bajos-Ecuador]; Sentencia n.º 032-13-DTI-CC, 2013 [Perú-Ecuador]; Sentencia n.º 020-10-DTI-CC, 2010 [Gran Bretaña-Ecuador]; Sentencia n.º 029-10-DTI-CC, 2010 [Suecia-Ecuador]; Sentencia n.º 040-10-DTI-CC, 2010 [Suiza-Ecuador]; Sentencia n.º 041-10-DTI-CC, 2010 [Venezuela-Ecuador].

formalidades y cálculos en las relaciones internacionales de un Estado que como resultado no permite una terminación inmediata de un tratado.

El caso ecuatoriano es muy ilustrativo en este sentido. Aunque la mayoría de las sentencias de los TBI fueron celebradas entre el 2010 y el 2014, el decreto presidencial en el que se ordena proceder con la denuncia se firmó efectivamente en mayo del 2017.³⁸ Esto significa —si se toma como ejemplo el TBI Reino Unido-Ecuador, que contiene una cláusula de sobrevivencia de quince años luego de la terminación del tratado— que el Ecuador seguirá teniendo obligaciones bajo este tratado hasta el 2032 —esto es, veintidós años luego de la sentencia original.

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

Los casos más evidentes en este sentido son las reconvencciones o contrademandas hechas por el propio Estado ecuatoriano en los procesos arbitrales seguidos por Burlington³⁹ y Perenco⁴⁰. El Estado ecuatoriano basó parte de sus contrademandas a los inversionistas en el régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental contenido en el artículo 396 de la Constitución ecuatoriana. Dicho régimen establece un umbral de responsabilidad muy alto por contaminación ambiental. Por un lado, el Estado ecuatoriano solo debe probar la existencia de un daño para que este sea atribuido a los inversionistas; adicionalmente, la aplicación de este umbral tendría una aplicación retroactiva, es decir, antes de la vigencia de la Constitución de 2008.

Burlington (desde 2001) y Perenco (desde 2002) operaron dos bloques petroleros en Ecuador y en diferentes arbitrajes demandaron al Estado por incumplir obligaciones

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

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

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

contractuales e internacionales. En el caso de Burlington, el inversionista demandó al Estado con base en el TBI Estados Unidos-Ecuador y en el caso de Perenco, con base en el TBI Francia-Ecuador. Dentro de estos dos arbitrajes, Ecuador, como parte de su defensa, presentó dos contrademandas exigiendo a los inversionistas reparación por daños ambientales.

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

Aunque desde el punto de vista estratégico de los dos arbitrajes se puede entender que la defensa jurídica del Ecuador se basó en una reconvención en la Constitución del 2008, ya que esta contiene un régimen más amplio de responsabilidad ambiental hacia el inversionista, al hacerlo, el propio Estado reconoció a dichos mecanismos como legítimos intérpretes de dicha Constitución. En otras palabras, el propio Estado ecuatoriano, cuya Corte Constitucional había manifestado su oposición total al arbitraje internacional de inversiones, reconoció a estos mismos tribunales arbitrales como intérpretes de la Constitución del 2008 que buscaba excluirlos. Adicionalmente, durante el tiempo de las reconvenciones, la Corte Constitucional no tenía todavía una jurisprudencia consolidada sobre el artículo 396, lo cual puso a los tribunales arbitrales en el lugar de “primeros intérpretes” del texto constitucional.

Los tribunales de los casos *Perenco*⁴² y *Burlington*⁴³ decidieron en fallos diversos que, en efecto, el artículo 396 de la Constitución contenía un régimen de responsabilidad objetiva, pero que este no era aplicable de forma retroactiva antes de la vigencia de la Constitución de 2008. Independientemente de que esta conclusión era la apropiada, la

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

⁴² *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*.

⁴³ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*.

pregunta en este caso es si esta determinación no le correspondía hacerla a la propia Corte, a quien el mismo texto constitucional la designa como su intérprete supremo.

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

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

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

Finalmente, y como en el caso colombiano de 1996, ya existen intentos para que el Ecuador retorne al régimen internacional de inversiones. El 16 de agosto del 2018, la presidenta de la Asamblea Legislativa solicitó a la Corte Constitucional⁴⁴ —que desde el 2019 fue reintegrada por completo por nuevos jueces— realice una interpretación del artículo 422, esclareciendo precisamente lo que la Corte no determinó en sus diecisiete

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

resoluciones previas, esto es, si las disputas de inversión pueden considerarse “controversias contractuales o de índole comercial”. Esta resolución todavía está pendiente.

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

Coexistencia: constitucionalidad condicionada

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

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

Esta sección realiza un bosquejo de las virtudes y los riesgos de esta estrategia, a partir de los casos más recientes de la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones del TBI Francia-Colombia, el tratado de libre comercio (TLC) entre Israel y Colombia y la del TJUE en su opinión 1/17 sobre el CETA, pactado entre la Unión Europea y Canadá. En

estos casos las dos cortes utilizaron como estrategia la creación de condiciones, pero los diferentes matices de cada uno permiten diferenciar entre dos tipos de condiciones: consustancialidad y de autonomía.

Condiciones consustanciales

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

El uso de este tipo de normas fuera del contexto de derechos humanos no ha sido estudiado; sin embargo, el concepto puede resultar útil dentro del derecho internacional de inversiones, porque el problema de desigualdad en el trato de extranjeros y nacionales ha perseguido, desde los años de Calvo, a las normas internacionales que regulan la inversión extranjera directa. Si una norma internacional contiene la misma sustancia que una local, entonces no se puede hablar de “más” o “menos” derechos hacia los nacionales o extranjeros. El concepto de *consustancialidad*, por lo tanto, es útil también para describir las condiciones diseñadas por la Corte Constitucional colombiana en 2019 cuando decidió la compatibilidad entre la Constitución colombiana y el TBI Francia-Colombia y el TLC Israel-Colombia.

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

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

Luego de la reforma constitucional de 1999, la Corte Constitucional colombiana había declarado constitucionales incondicionalmente a varios tratados;⁴⁷ sin embargo, en el 2019 la Corte revirtió su estrategia utilizada frente al derecho internacional de inversiones. La Corte no proporcionó una razón expresa en sus sentencias para el cambio de estrategia, pero el cambio podría explicarse como una respuesta frente a arbitrajes de inversiones de alto perfil donde el Estado colombiano ha sido demandado, en especial el caso *Eco Oro*⁴⁸. Conforme a lo explicado, la estrategia de alineamiento incondicional usualmente ha sido abandonada luego de un caso que transporta al derecho internacional de inversiones dentro del debate público en un Estado.

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

la Corte advierta que una determinada cláusula admite varias interpretaciones, al menos una de las cuales es contraria a la Constitución Política, declarar su exequibilidad condicionada y advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la otra Parte Contratante respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con el tratado o con su articulado.⁴⁹

Con el uso de esta metodología, la Corte analizó los diferentes estándares de trato contenidos en las cláusulas de los tratados y las contrastó con las interpretaciones que algunos tribunales arbitrales de inversión han dado a cláusulas similares. De esta forma, la

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

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

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

Corte determinó que eran compatibles, siempre y cuando se usen las interpretaciones más cercanas a las normas de la Constitución.

Por ejemplo, la Corte determinó que el concepto de “legítimas expectativas”, especificado en el artículo 4.º del TBI Francia-Colombia, no solo no era contrario a la Constitución colombiana, sino que se justificaba en los principios de confianza legítima y buena fe contenidos en el artículo 83 de la Constitución.⁵⁰ Este artículo establece una obligación para que las actuaciones de funcionarios públicos se enmarquen en una premisa de buena fe, libres de cambios injustificados de políticas públicas. En este sentido, la Corte determinó que el concepto ha sido interpretado de diferentes formas por tribunales arbitrales,⁵¹ por lo que una condición para la entrada del TBI era que Colombia y Francia establecieran que la única interpretación posible sea aquella que refleje el mismo contenido del artículo 83 de la Constitución. La condición concretamente ordenaba a las partes del tratado a entender expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados y que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión.⁵² La Corte razonó de la siguiente manera:

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

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

⁵⁰ *Ibid.*, apartado 210.

⁵¹ *Ibid.*, apartado 211.

⁵² *Ibid.*, apartado 212.

⁵³ *Ibid.*, apartado 211.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ *Ibid.*, apartado 4(b).

inspiración”, “fuentes materiales”⁵⁸, “common law de inversión”⁵⁹ o hasta como un ejercicio de la autoridad excluyente Raziana.⁶⁰ Por su parte, diversos tribunales arbitrales los usan como fuente sin dar mayor explicación sobre su uso, pero algunos se han referido como “jurisprudencia emergente”⁶¹ o simplemente como “normas arbitrales”⁶².

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

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

Ahora bien, y pese a las críticas muy válidas que realiza el magistrado Linares Cantillo en su voto salvado, se puede concluir, haciendo un balance general, que las virtudes de la estrategia de coexistencia mediante constitucionalidad condicional son reales. En el

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

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

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

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

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

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

caso colombiano, en un tiempo considerablemente corto, los Gobiernos de Francia⁶⁴ e Israel⁶⁵ aceptaron suscribir notas interpretativas que se enmarcan dentro de las condiciones de interpretación establecidas por la Corte Constitucional colombiana.

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

Condiciones de autonomía

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

El 30 de abril de 2019, el pleno del TJUE emitió su Dictamen 1/17⁶⁶, sobre la compatibilidad del CETA (2016)⁶⁷ con el derecho comunitario europeo, ante la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica. En especial, el TJUE debía pronunciarse sobre si el tribunal creado para la solución de controversias en el artículo 8.27 (Tribunal del

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

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

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

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

CETA) y un tribunal de apelación creado en el artículo 8.28 (Tribunal de Apelación del CETA) son o no compatibles con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.⁶⁸

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

En consecuencia, el CETA, en la medida en que prevé, [...] una judicialización de la solución de diferencias entre inversores y Estados mediante la creación de un Tribunal y de un Tribunal de Apelación del CETA y, a largo plazo, de un Tribunal Multilateral sobre Inversiones, solo puede ser compatible con el Derecho de la Unión si no vulnera la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión.⁶⁹

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 119.

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

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

Conclusiones

Las cortes constitucionales son actores importantes con el poder de influir en el desarrollo del derecho internacional de inversiones. Una oportunidad única de ejercer esta capacidad se presenta cuando surge un conflicto o pregunta sobre la compatibilidad entre un AII y una Constitución nacional. Conforme se ha argumentado en este capítulo, no solo importa la decisión final de una corte sobre la compatibilidad del AII con el derecho interno, sino sobre todo la estrategia que una corte escoja para resolver un potencial conflicto. Al final, esta estrategia o postura es una declaración que una corte constitucional realiza sobre su papel frente al derecho internacional y transnacional. En este capítulo se han analizado tres estrategias: alineamiento, escalada y coexistencia condicionada.

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

Una segunda estrategia es la *escalada o inconstitucionalidad incondicional*. Esta postura se coloca en el polo opuesto del alineamiento, ya que es la respuesta más extrema que una corte puede adoptar frente al derecho internacional de inversiones: esto significa

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

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

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

Bibliografía

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

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

Benvenisti, Eyal. “Comments on the Systemic Vision of National Courts as part of an International Rule of Law”. *Jerusalem Review of Legal Studies* 4, n.º 1 (2012): 42-49.

Bogdandy, Armin e Ingo Venzke. *In whose name? a public law theory of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014. doi: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198717461.001.0001>.

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

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

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

Constitución Política de Costa Rica, 1949

Constitución de la República del Ecuador, 2008

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De Brabandere, Eric. “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”. En *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, editado por Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere, 245-288. Leiden Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012.

Declaración Interpretativa Conjunta al TLC entre la República de Colombia y el Estado de Israel, 25 de mayo del 2020.
http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994_DECLARACIO%C%81N%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PD

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

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

Eco Oro Minerals Corp v. Colombia. Caso ICSID n.º ARB/16/41, 29 de diciembre de 2016.

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

International Law Association Study Group on Principles On The Engagement Of Domestic Courts With International Law. “Final Report: Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law”, Johannesburg Conference, 2016.

International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico. Caso UNCITRAL, laudo, 26 de enero de 2006.

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

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

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

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

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

Perenco Ecuador Ltd v. Ecuador. Caso ICSID n.º ARB/08/6, award, 27 de septiembre de 2019.

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

Presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador, “Acción de Interpretación Constitucional n.º 0002-18-IC”, 2018, http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0356323a-a987-4f3b-b416-f91d2c3ab10a/interpretacion_de__la_constitucion_0002-18-ic.pdf?guest=true.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tushnet, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. *The Yale Law Journal*, n.º 108 (1999): 1225–309.

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

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

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

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

Cover: Imbalanced World, 1996, Veronika Dell'Olio (photo: Miriam Aziz)

“Essential to our concept was the establishment of a connection to the work and objectives of the institute. In view of the diversity of the research tasks concerned, we have attempted to highlight an overarching idea that can be understood as the institute’s mission. We see this as the ideal of peaceful relations between peoples on the basis of an internationally validated notion of justice.... The depicted sculpture...[symbolizes] an imbalanced world in which some peoples are oppressed while others lay claim to dominance and power. The honeycomb form of the circular disks denotes the [international] state structure. Glass parts ... [represent] the individual states [The division] of the figure ... into two parts [can] be interpreted as the separation of the earth into two unequal worlds. The scissors-shaped base, on the one hand, makes the gap between them clear, on the other hand, a converging movement of the disks is conceivable.... The sculpture [aims] at what is imagined – the possibility of the rapprochement of the two worlds.”
[transl. by S. Less]

Art in architecture, MPIL, Heidelberg



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Im Neuenheimer Feld 535
D-69120 Heidelberg
Tel.: +49 (0)6221 482 - 1
Fax: +49 (0)6221 482 - 288

www.mpil.de
SSRN@mpil.de