

Sentencia C-358/96

TRATADO INTERNACIONAL/INVERSION EXTRANJERA-Objetivos

Tanto las consideraciones preliminares como el artículo 2° del Tratado, se ajustan a la normatividad constitucional colombiana. En efecto, estos preceptos, salvo en cuanto se concretan en los compromisos plasmados en el artículo 6º, no ofrecen motivo de reserva frente a la Carta Política, pues contribuyen a la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y responden a claros motivos de conveniencia nacional. Es un hecho notorio que los grandes proyectos de infraestructura, de los cuales depende en gran medida el crecimiento económico del país, no serían posibles sin la contribución del capital y la tecnología extranjeros.

PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL-Efectos

El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales.

CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA/PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula.

COMPENSACION POR PERDIDAS-Alcance/PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL/CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA

Los nacionales y compañías de cada uno de los Estados Parte cuyas inversiones sufran pérdidas por causa de guerra, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio de la otra Parte, deberán recibir un trato no menos favorable que el que la Parte en cuyo territorio tuvieron lugar las situaciones mencionadas otorga a sus nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado, en materia de restitución, indemnización u otro arreglo. La regla consagrada en el Convenio es una aplicación del principio del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida a las situaciones de perturbación del orden público de las que resulten pérdidas para los inversionistas extranjeros. Por este motivo, las razones que sirvieron de fundamento para declarar ajustados a la Carta Política de Colombia los mencionados principios de tratamiento, son también valederas en este caso.

REPATRIACION DE LAS INVERSIONES/BANCO DE LA REPUBLICA-Facultades

Se garantiza la transferencia irrestricta de las inversiones y sus rendimientos. Estas transferencias deberán efectuarse sin demoras, en la moneda convertible en que el capital fue originalmente invertido y a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia. No se encuentra que esta norma interfiera con las facultades de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

TRATADO INTERNACIONAL-Mecanismos de solución de controversias

Una visión integral de la Carta Política permite concluir que ésta busca, como uno de sus propósitos fundamentales, la resolución pacífica de los conflictos. Para el logro de este objetivo consagra una serie de mecanismos que tienden a desconcentrar la administración de justicia y a establecer mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las jurisdicciones especiales, los jueces de paz, la conciliación o el arbitramento. En razón de la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de las inversiones a las que se refiere el Tratado sub examine, puede llegar a ser mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione. Por otra parte, la Corte considera que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales.

SUBROGACION-Alcance

El mecanismo de la subrogación tiende a hacer efectivos los sistemas de garantía de las inversiones internacionales. Bien es sabido que, en general, esta forma de protección de la inversión extranjera puede lograrse a través de dos tipos de previsiones: (1) los mecanismos nacionales; (2) los mecanismos internacionales. El mecanismo de la subrogación no interfiere con ninguna facultad del Gobierno nacional relativa a la ejecución o cumplimiento del Acuerdo, toda vez que esta figura sólo regula las relaciones del inversionista extranjero con su Gobierno o con el organismo de Derecho Internacional que acuda al mecanismo de garantía correspondiente.

TRATADO INTERNACIONAL-Vigencia

Es facultad de las partes en toda convención, bilateral o multilateral, a nivel privado, público, o en el campo de las relaciones internacionales, dejar definido cuándo principia la observancia de lo pactado y cuál habrá de ser el término de su duración.

CONVENIO INTERNACIONAL/EXPROPIACION-Prohibición/DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración

El convenio prohíbe a las partes, de modo terminante, una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autoriza. Ahora bien: es indudable que de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

TRATADO INTERNACIONAL-Prohibición de establecer monopolios

Mientras la Carta autoriza la constitución de un arbitrio rentístico, por mandato del legislador, en función de un interés público o social (lo que puede implicar la nacionalización de una actividad que antes podía ser cumplida por extranjeros), el literal en cuestión la prohíbe de manera terminante. Que en un Estado social de derecho deba inhibirse el legislador de perseguir fines de interés público o de utilidad social, que el Constituyente le señala, en aras

del estímulo a la inversión extranjera, es algo que pugna con la esencia de esa forma de organización política, plasmada en la Carta de 1991. El literal en cuestión es, pues, abiertamente transgresor de la letra y el espíritu de la Constitución.

Referencia: Expediente L.A.T.-062

Revisión constitucional del “ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES”, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y de la Ley 246 de 1995, que lo aprueba.

Magistrados Ponentes:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ y

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

En desarrollo de lo previsto por el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política, revisa la Corte el “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones”, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y la Ley 246 del 29 de diciembre de 1995, mediante la cual se aprobó dicho Convenio.

I. TEXTO

El instrumento materia de examen y la Ley que lo aprueba son del siguiente tenor literal:

“LEY 246 DE 1995

(diciembre 29)

“Por medio de la cual se aprueba el ‘ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES’, suscrito en Londres el 9 de

marzo de 1994”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Visto el texto del “ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES” suscrito en Cartagena de Indias

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES

El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte;

ANIMADOS del deseo de crear un clima de confianza para facilitar mayor inversión por parte de nacionales y compañías de un Estado en el territorio del otro Estado;

RECONOCIENDO que el estímulo y la protección recíproca de dichas inversiones bajo un acuerdo internacional puede servir para estimular la iniciativa comercial individual y aumentar la prosperidad en ambos Estados,

Han acordado lo siguiente:

ARTICULO 1

Definiciones

Para efectos de este Acuerdo:

“Inversión” significa toda clase de activos y en particular, pero no exclusivamente comprende:

(i) propiedades muebles inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad como hipotecas, gravámenes o prendas;

(ii) acciones en y títulos y obligaciones de una compañía y cualquier otra forma de

participación en una compañía;

(iii) derechos a dinero o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor financiero;

(iv) derechos de propiedad intelectual, buen nombre, procesos técnicos y conocimientos técnicos;

(v) concesiones comerciales conferidas por ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

No obstante lo anterior, para efectos de este Acuerdo, los préstamos no se considerarán como inversiones.

Un cambio en la forma en que los activos estén invertidos no afecta su carácter como inversión, siempre y cuando la nueva forma de inversión no sea un préstamo. El término "inversión" incluye todas las inversiones, bien sea que se hayan efectuado antes o después de la fecha de entrada en vigencia de este Acuerdo;

"Rendimientos" significa las cantidades producidas por una inversión y en particular, aunque no exclusivamente, incluye ganancias, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías y cánones;

(i) en lo que respecta al Reino Unido: personas físicas que deriven su condición de nacionales del Reino Unido de la ley vigente en el Reino Unido;

(ii) en lo que respecta a la República de Colombia: personas naturales que deriven su condición de nacionales colombianos de acuerdo con la legislación vigente.

"Compañías" significa:

(i) en lo que respecta al Reino Unido: sociedades, firmas y asociaciones incorporadas o constituidas de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte del Reino Unido, o en cualquier territorio al cual se haga extensivo este Acuerdo de acuerdo con las disposiciones del Artículo 13, cada una teniendo oficina registrada, administración central o sitio principal de negocios en ese territorio;

(ii) en lo que respecta a la República de Colombia: sociedades, firmas y asociaciones

incorporadas o constituidas de acuerdo con la legislación vigente en Colombia.

“Territorio” significa:

(i) en lo que respecta al Reino Unido: Gran Bretaña e Irlanda del Norte, incluyendo el mar territorial y cualquier área marítima situada más allá del mar territorial del Reino Unido que haya sido designada o que en el futuro pueda ser designada bajo la ley nacional del Reino Unido de acuerdo con el derecho internacional como un área dentro de la cual el Reino Unido puede ejercer derechos respecto del suelo marino y del subsuelo y sus recursos naturales y cualquier territorio a donde se extienda el ámbito de aplicación de este Acuerdo, según lo previsto en el Artículo 13.

(ii) en lo que respecta a la República de Colombia: el territorio de Colombia, así como aquellas áreas marítimas incluyendo el suelo y subsuelo marino adyacentes al mar territorial sobre el cual Colombia ejerce, de acuerdo con la ley internacional, derechos para efectos de explorar y explotar los recursos naturales en esas áreas.

ARTICULO 2

Admisión de la Inversión

Cada Parte Contratante deberá incentivar a nacionales o compañías de la otra Parte Contratante a invertir capital en su territorio, y sujeto al derecho a ejercer las facultades que le confieren sus leyes y regulaciones admitirá dicho capital.

ARTICULO 3

Tratamiento de la Inversión

Las inversiones de nacionales o compañías de cada Parte Contratante deberán en todo momento recibir un trato justo y equitativo y deberán gozar de entera protección y seguridad de acuerdo con el derecho internacional a un nivel no inferior a aquel que disfrutaban las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante en su propio territorio.

ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación de

inversiones en su territorio de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiese contraído respecto de inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante.

ARTICULO 4

Trato Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida

Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio las inversiones o los rendimientos de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que aquel que concede a las inversiones y rendimientos de sus propios nacionales y compañías o a las inversiones y rendimientos de nacionales y compañías de cualquier tercer Estado.

Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o a las compañías de la otra Parte Contratante, en lo que se refiere a la administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación de sus inversiones, a un trato menos favorable del que concede a sus propios nacionales y compañías o a los nacionales o compañías de cualquier tercer Estado.

Para evitar dudas, se confirma que el trato previsto en los párrafos (1) y (2) arriba mencionados se aplicará a lo dispuesto en los Artículos 3 a 12 de este Acuerdo.

No obstante lo dispuesto en este Artículo y el Artículo 3, párrafo 2, la República de Colombia se reserva el derecho de crear o mantener restricciones relativas al otorgamiento de trato nacional en los siguientes sectores:

- (i) adquisiciones que se puedan efectuar mediante inversiones de portafolio;
- (iii) suministro de bienes y servicios al sector público;
- (iv) ensamble automotriz

ARTICULO 5

Compensación por Pérdidas

Los nacionales o compañías de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debido a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio de ésta última Parte Contratante deberán recibir de esta última Parte Contratante un trato, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, no menos favorable que aquel que esa Parte Contratante concede a sus propios nacionales o compañías o a los nacionales o compañías de cualquier tercer Estado. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles, de acuerdo con el Artículo 7.

Sin perjuicio del párrafo (1) de este Artículo, los nacionales y compañías de una Parte Contratante quienes sufran en alguna de las situaciones referidas en dicho párrafo la requisición de su propiedad por parte de las fuerzas armadas o autoridades de la otra Parte Contratante se les restituirá su propiedad. Si resultan pérdidas por daño a su propiedad causados por las fuerzas armadas o autoridades de la otra Parte Contratante que no eran requeridos por las necesidades de la situación, se les otorgará una compensación adecuada. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles de acuerdo con el Artículo 7.

ARTICULO 6

Nacionalización y Expropiación

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

nacionalización o medidas equivalentes, por medio de las cuales una de las Partes Contratantes tome el control de ciertas actividades estratégicas o servicios, o

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.

De acuerdo con los principios de derecho internacional, la compensación por los actos referidos a los párrafos (1) (a) y (b) de este artículo ascenderá al valor genuino de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las

medidas inminentes fueran de conocimiento público, lo que ocurra primero. Deberá incluir intereses hasta el día del pago, deberá pagarse sin demora injustificada, ser efectivamente realizable y ser libremente transferible de acuerdo con las reglas estipuladas en el Artículo (7) sobre repatriación de inversiones y rendimientos siempre y cuando aún en caso de dificultades excepcionales de balanza de pagos se garantice la transferencia de por lo menos un treinta y tres y un tercio por ciento anual.

El nacional o compañía afectado tendrá derecho, de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en los párrafos (1) y (2) de éste Artículo.

Si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en los párrafos (1) (a) y (b) de éste Artículo, en relación con los activos de una compañía incorporada o constituida de acuerdo con la Ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual nacionales o compañías de la otra Parte Contratante son propietarias de acciones, debe asegurar que las disposiciones de los párrafos (1) al (3) de éste Artículo se apliquen de manera que garanticen una compensación pronta, adecuada y efectiva con respecto a la inversión de estos nacionales o compañías de la otra Parte Contratante, propietarios de las acciones.

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo obligará a cualquiera de las Partes Contratantes a proteger inversiones de personas involucradas en actividades criminales graves.

ARTICULO 7

Repatriación de Inversión y Rendimientos

Cada Parte Contratante respecto de las inversiones garantizará a los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante la transferencia irrestricta de sus inversiones y rendimientos. Las transferencias se efectuarán sin demoras en la moneda convertible en que el capital fue originalmente invertido o en cualquier otra moneda convertible acordada entre el inversionista y la Parte Contratante involucrada. A menos de que el inversionista acuerde lo contrario, las transferencias se harán a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia de acuerdo con las regulaciones cambiarias vigentes.

No obstante lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo, en circunstancias de dificultades excepcionales de balanza de pagos cada Parte Contratante tendrá derecho, por un período limitado de tiempo, a ejercer en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe, los poderes conferidos por sus leyes y procedimientos para limitar la libre transferencia de las inversiones y rendimientos.

ARTICULO 8

Excepciones

Las disposiciones de este Acuerdo relativas al otorgamiento de un trato no menos favorable que aquel que se otorga a los nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado no se interpretarán de manera que obliguen a una Parte Contratante a extender a nacionales o compañías de la otra el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de:

cualquier unión aduanera o acuerdo internacional similar existente o que exista en el futuro en el cual sea o llegue a ser parte alguna de las Partes Contratantes, o

cualquier acuerdo o arreglo internacional relacionado totalmente o principalmente con tributación o cualquier legislación doméstica relacionada totalmente o principalmente con tributación.

ARTICULO 9

Referencia al Centro Internacional de Arreglo

de Diferencias Relativas a Inversión

Cada Parte Contratante por este acuerdo consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (en adelante "el Centro") cualquier controversia legal que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera para su arreglo por medio de conciliación o arbitraje, según lo dispuesto por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre los Estados y los nacionales de otros Estados abierto para firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

Una compañía que esté incorporada o constituida bajo la Ley vigente en el territorio de una Parte Contratante y en la cual antes de que surja la diferencia la mayoría de las acciones eran de propiedad de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante se tratará, de acuerdo con el Artículo 25 (2) (b) del Convenio, como una compañía de la otra Parte Contratante para efectos de lo dispuesto en el Convenio.

Si surge una de aquellas diferencias y esta no puede dirimirse de manera amigable por las partes en dicha diferencia mediante el ejercicio de los recursos locales o de otra manera dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, entonces, si el nacional o compañía afectado también consiente por escrito en someter la diferencia al Centro para la resolución de ésta mediante conciliación o arbitraje de acuerdo con el Convenio, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento dirigiendo una solicitud a tal efecto al Secretario General del Centro, de acuerdo con lo previsto en los Artículos 28 y 36 del Convenio. En caso de desacuerdo respecto de si la conciliación o el arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o compañía que es parte en la diferencia tendrá el derecho a escoger. La Parte Contratante que es parte en la diferencia no presentará como objeción en cualquier etapa del proceso o del cumplimiento del laudo el hecho de que el nacional o compañía que es la otra parte en la diferencia haya recibido una indemnización de una parte o la totalidad de sus pérdidas, en cumplimiento de un contrato de seguro.

No obstante el tenor general de las disposiciones anteriores, el Centro no tendrá jurisdicción si la parte que inicia el procedimiento ha acordado, acuerda en someter, o somete la diferencia a las Cortes o Tribunales Administrativos de la Parte Contratante que es parte en la diferencia.

Ninguna Parte Contratante buscará resolver por la vía diplomática una diferencia remitida al Centro a menos que:

el Secretario General del Centro, o una comisión de conciliación o un tribunal de arbitraje constituido por el mismo, decida que la diferencia no se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro, o

la otra Parte Contratante deje de atenerse o no cumpla con un laudo dictado por un tribunal de arbitraje.

Hasta cuando la República de Colombia se adhiera al Convenio al que se refiere el parágrafo (1) de este Artículo, cualquier diferencia en la que sea parte y que sea remitida al Centro se le dará un trato conforme con el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y de Encuesta.

ARTICULO 10

Diferencias entre las Partes Contratantes

Las diferencias entre las Partes Contratantes relacionadas con la interpretación o aplicación de este Acuerdo se deben en lo posible, resolver a través de la vía diplomática.

Si una diferencia entre las Partes Contratantes no puede ser resuelta de esa manera en tres meses contados a partir de la fecha en la que se produce la notificación escrita de la diferencia, se deberá someter, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.

Dicho tribunal de arbitraje se constituirá para cada caso individual de la siguiente forma: dentro de los tres meses siguientes al recibo de la solicitud de arbitraje, cada Parte Contratante nombrará un miembro del tribunal. Esos dos miembros deberán en ese momento elegir un nacional de un tercer Estado quien, sujeto a la aprobación de las dos Partes Contratantes, será nombrado Presidente del tribunal. El Presidente será nombrado dentro de los dos meses siguientes a la fecha de nombramiento de los otros dos miembros.

Si dentro de los períodos especificados en el parágrafo (3) de este Artículo no se han producido los nombramientos necesarios, cualquiera de las Partes Contratantes puede, en ausencia de otro acuerdo, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar los nombramientos que sean necesarios. Si el Presidente es un nacional de alguna de las Partes Contratantes o si por otra razón está impedido para ejercer dicha función, se invitará al Vicepresidente a que realice los nombramientos necesarios. Si el Vicepresidente es un nacional de alguna de las Partes Contratantes o si también está impedido para ejercer dicha función, el Miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga en antigüedad y que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes será invitado a realizar los nombramientos que sean necesarios.

El tribunal de arbitraje deberá llegar a una decisión por mayoría de votos. Esta decisión será obligatoria para las dos Partes Contratantes. Cada Parte Contratante asumirá los costos de su miembro en el tribunal y de su representación en el procedimiento arbitral; el costo del Presidente y los costos restantes se asumirán en partes iguales entre las Partes Contratantes. Sin embargo, el tribunal en su decisión puede disponer que una mayor proporción de los costos se cobren a una de las dos Partes Contratantes y esta decisión será obligatoria para las dos Partes Contratantes. El tribunal determinará su propio procedimiento.

ARTICULO 11

Subrogación

Si una Parte Contratante o su Agencia designada ("la primera Parte Contratante") efectúa un pago por indemnización relacionada con una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante ("la segunda Parte Contratante") la Segunda parte Contratante reconocerá:

el traspaso a la primera Parte Contratante de todos los derechos y reclamos que la parte indemnizada haya recibido bajo este Acuerdo o bajo las leyes de la segunda Parte Contratante, y

que la primera Parte Contratante tiene derecho a ejercer estos derechos y hacer valer dichos reclamos en virtud de la subrogación, en la misma proporción que la Parte indemnizada.

2) La primera Parte Contratante tendrá derecho en toda circunstancia al mismo tratamiento respecto a:

los derechos y reclamos adquiridos por ésta en virtud del traspaso, y

cualquier pago recibido en cumplimiento de esos derechos y reclamos,

que la Parte indemnizada tuviera derecho a recibir en virtud de este Acuerdo respecto de la inversión de que se trate y de sus rendimientos relacionados.

Cualquier pago recibido en moneda no convertible por la primera Parte Contratante en cumplimiento de los derechos y reclamos adquiridos deberá estar libremente disponible a la

primera Parte Contratante para efectos de la cancelación de cualquier gasto incurrido en el territorio de la segunda Parte Contratante.

ARTICULO 12

Aplicación de otras reglas

Si las disposiciones legales de alguna de las Partes Contratantes o las obligaciones de derecho internacional ya existentes o que se establezcan en adelante entre las Partes Contratantes en adición al presente Acuerdo, contienen reglas, bien sea generales o específicas, que conceden a las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el que se dispone en el presente Acuerdo, dichas reglas prevalecerán, en la medida en que sean más favorables a lo dispuesto en el presente Acuerdo.

ARTICULO 13

Extensión Territorial

En el momento de ratificación de este Acuerdo, o en cualquier momento a partir de la misma, las disposiciones de este Acuerdo se pueden extender a los territorios de cuyas relaciones internacionales el Gobierno del Reino Unido sea responsable, tal y como sea acordado entre las Partes Contratantes por medio de un Canje de Notas.

ARTICULO 14

Vigencia

Este Acuerdo se ratificará y entrará en vigencia a partir del intercambio de Instrumentos de Ratificación.

ARTICULO 15

Duración y Terminación

Este Acuerdo permanecerá en vigencia por un período de diez años. De allí en adelante continuará vigente hasta que expiren doce meses contados a partir de la fecha en que

cualquiera de las Partes Contratantes notifique por escrito a la otra la terminación de este acuerdo. No obstante, respecto de las inversiones que se hayan realizado durante la vigencia del Acuerdo, sus disposiciones seguirán siendo efectivas respecto de estas inversiones por un período de diez años después de la fecha de terminación y sin perjuicio de la subsiguiente aplicación de las reglas de derecho internacional general.

En fe de lo cual los suscritos, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Acuerdo.

Hecho por duplicado en Londres el 9 de marzo de 1994 en idioma inglés y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

II. INTERVENCIONES

Intervención de los ministerios de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior y del Departamento Nacional de Planeación

En su escritos, los representantes de la Nación defendieron la constitucionalidad del Tratado y, en consecuencia, solicitaron que se declarara su exequibilidad.

Para ellos, la última década se ha caracterizado por el interés de los países en vías de desarrollo en atraer inversión extranjera hacia sus territorios, objetivo para el cual han adecuado sus ordenamientos internos a los estándares internacionales en la materia. En este orden de ideas, la legislación interna de Colombia, siguiendo la evolución de las normas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ha reconocido la importancia de contar con el aporte de la tecnología extranjera y, para ello, ha flexibilizado las normas atinentes a movimientos de capitales y a inversión extranjera en tecnología.

En opinión de los intervinientes, los tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones “tienen por objeto eliminar las dudas sobre la situación jurídica material de los inversionistas y proteger las inversiones de capital” y, por ello, buscan brindar una especial protección a los inversionistas del otro Estado Parte. Según su criterio, las constituciones contemporáneas -en abierto rechazo a la doctrina Calvo- no sólo permiten la suscripción de este tipo de compromisos sino que, en muchos casos, autorizan el establecimiento de tratos excepcionales para determinados grupos de personas.

Por otra parte, alegan que la posibilidad de establecer tratamientos diferenciales en favor de los extranjeros no pugna con las disposiciones del artículo 13 de la Carta, toda vez que la Corte Constitucional ha establecido que la igualdad es un concepto relacional y no una cualidad. El trato diferencial en favor de los extranjeros está justificado porque éstos están excluidos del ejercicio y control del poder y “no se encuentran vinculados a los destinos políticos del país” (C.P., artículos 40 y 99).

Para los ministros y el Director del DNP, los artículos 2°, 3°, 4° y 6° del Convenio sometido a la revisión de la Corte, desarrollan los artículos 58 y 365 de la Carta Política. Si bien el artículo 58, inciso 5°, de la Constitución consagra una excepción a la regla general (expropiación sin indemnización por motivos de equidad), es principio de Derecho Internacional la exigencia de una compensación inmediata, efectiva y adecuada al valor del bien, en todo caso de expropiación. Tanto la práctica como la doctrina y la jurisprudencia internacionales coinciden en afirmar que el principio de indemnización adecuada para toda expropiación constituye Derecho Internacional consuetudinario.

Por otra parte, los ministros y el Director del DNP aseguran que Colombia se comprometió al respeto de estos parámetros internacionales al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), cuyo artículo 21 establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y formas dispuestos por la ley.

Sobre el particular, los intervinientes concluyen que “la celebración de un tratado para la protección de la propiedad de los extranjeros, no solo puede, sino que debe garantizar en caso de expropiación una previa indemnización, y excluir la expropiación sin indemnización, por considerarla contraria no sólo al Derecho Consuetudinario Internacional sobre la materia (en concordancia con el artículo 94 de la CP), sino a las previsiones de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de las Naciones Unidas y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Igualmente, señalan la coincidencia axiológica existente entre la suscripción de un acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones internacionales y el mandato constitucional que determina la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del país sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional

(C.P., artículo 226).

Intervención del Banco de la República

El apoderado especial del Banco de la República solicita a esta Corporación se sirva declarar la constitucionalidad del Tratado sometido a su revisión.

En su intervención, el representante judicial del Banco de la República comienza por recordar que la Ley 9 de 1991 (desarrollada por la Resolución N° 51 del CONPES) consagra los principios generales en materia de inversiones internacionales, entre los cuales deben destacarse los siguientes: (1) la inversión extranjera en Colombia será tratada, para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales colombianos, salvo los asuntos referentes a la transferencia de recursos al exterior; (2) las normas sobre inversión extranjera no podrán conceder condiciones ni otorgar tratamientos discriminatorios a los extranjeros frente a los nacionales; (3) las condiciones relativas al reembolso de inversiones y remisión de utilidades al exterior no podrán ser modificadas en un sentido que afecte desfavorablemente a los inversionistas extranjeros, salvo que se haga de manera temporal cuando las reservas internacionales del país sean inferiores a tres meses de importaciones.

De igual forma, el apoderado del Banco de la República trae a colación las disposiciones del Decreto 1735 de 1993, en el cual el Gobierno Nacional -en desarrollo de la Ley 9 de 1991- definió cuáles eran las operaciones de cambio. Entre estas merecen ser resaltadas: (1) las inversiones de capitales del exterior en Colombia; (2) las inversiones colombianas en el exterior; (3) todas las operaciones que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país; (4) todas las operaciones que efectúen los residentes en el país con residentes en el exterior que impliquen la utilización de divisas; (5) las entradas o salidas del país de moneda legal colombiana y de títulos representativos de la misma.

A continuación, la intervención del Banco de la República se refiere a antecedentes de la negociación del Tratado, relativos en especial a conceptos previos del Emisor en materia cambiaria.

Otras intervenciones

Dentro del proceso participaron también el Director Ejecutivo de la “Corporación Invertir en Colombia”, COINVERTIR, y los ciudadanos GASPAS CABALLERO SIERRA, XIMENA SANZ DE SANTAMARIA LLINAS y DIANA LUCIA TALERO CASTRO, quienes, fundados en argumentos similares a los ya expuestos, solicitaron la declaración de exequibilidad del Tratado.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, en escrito del diez (10) de abril de 1996, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del Acuerdo en revisión y de la Ley que lo aprueba.

El concepto fiscal concluye que, desde el punto de vista formal, ambos procesos se ajustaron a las disposiciones constitucionales y que, por lo tanto, el Tratado y su Ley Aprobatoria no presentan vicio alguno.

El representante del Ministerio Público inicia el análisis material del Convenio sentando una premisa según la cual “el modelo económico tradicional hizo crisis”. Como reconocimiento a esta realidad, los últimos gobiernos han implementado un “Programa de Internacionalización y Modernización de la Economía”, en el cual se inserta el fomento a la inversión extranjera, como mecanismo propicio para suplir las bajas tasas de ahorro interno y las carencias de los países receptores en materia de tecnología.

Opina el Procurador que los denominados BIT's son instrumentos adecuados para el fortalecimiento de los objetivos antes anotados. Esta especie de instrumentos internacionales incluyen una serie de cláusulas “prototipo”, dirigidas a la garantía de la seguridad jurídica y a mantener la confianza entre las partes que suscriben el Acuerdo.

Con respecto a los grupos de cláusulas (1), (2) y (3), contenidos en el Acuerdo, considera el representante del Ministerio Público que se ajustan a la Carta Política de Colombia, como quiera que se ocupan del desarrollo del poder que tiene el Gobierno para dirigir la economía y orientar las relaciones internacionales y también de la garantía de la reciprocidad, referente que reemplaza a la igualdad tratándose de las relaciones internacionales.

Según el concepto fiscal, las cláusulas del Convenio, relativas al sometimiento al CIADI, no contrarían en modo alguno la Constitución colombiana, pues el concepto de soberanía, en el ámbito de las relaciones internacionales, ha evolucionado en el sentido de entender que, en

la actualidad, éste se manifiesta en “la capacidad de los Estados para ejercer su actividad internacional por su propio poder; (...); en la capacidad de aceptar que existen reglas superiores a las que deben someterse todos los Estados para lograr la ‘igualdad soberana’ de los mismos”. Es así como, hoy por hoy, el Derecho Internacional no se interpreta en función del Estado soberano sino de la comunidad internacional.

Reconoce el representante del Ministerio Público que, entre el artículo 6° del Tratado bajo examen y el artículo 58 de la Carta Política, existe una diferencia en cuanto a las clases de indemnización que allí se prevén y a los criterios para la determinación del monto de las mismas. No obstante esta diferencia, el concepto fiscal considera que el artículo 6° del Acuerdo se ajusta a las disposiciones constitucionales.

En primer lugar, esta adecuación se produce en razón de las disposiciones del artículo 227 de la Constitución, en el cual se propugna, entre otras, la internacionalización de las relaciones económicas, mandato que se traduce en la “implementación de modelos de liberalización de la economía, de la apertura, de la desregularización, de la privatización”.

El mencionado artículo 6° del Tratado no pugna con el Estatuto Fundamental, como quiera que se aviene a las exigencias que el artículo 21-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a las medidas expropiatorias que adopte un Estado.

A su modo de ver, el artículo 6° del Convenio sometido a la revisión de la Corte, “no viola la igualdad frente a los nacionales colombianos, pues estos también están protegidos por tal reglamentación en el territorio del otro Estado signatario del acuerdo, como clara expresión del postulado de la reciprocidad”. Por otro lado, la mencionada norma del Tratado encuentra claro fundamento en la “costumbre internacional reiterada y generalizada” que contempla el pago de una indemnización justa en caso de expropiación de una inversión extranjera, “excluyendo la expropiación sin indemnización”. Según el Procurador, en este mismo sentido aboga el artículo 2-2(c) de la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas -“Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”-, en donde se consagra que aquel Estado que adopte medidas de expropiación o nacionalización “deberá pagar una compensación apropiada”. Por último, señala la vista fiscal que “ha de tenerse en cuenta que el órgano que define cuándo es procedente la expropiación sin indemnización por razones de equidad es el Congreso de la República y éste no encontró reparos para darle su aprobación

al tratado que se estudia”.

Dice que la disposición del artículo 6° del Tratado bajo revisión, según la cual debe garantizarse la transferencia de por lo menos un 33 y 1/3% del valor de la indemnización, aún en casos de dificultades excepcionales en la balanza de pagos, no vulnera la Constitución, por las razones anotadas en la intervención del apoderado del Banco de la República, según la cual, “la actuación del Presidente de la República respecto de la restricción prevista en el inciso quinto del artículo 15 de la Ley 9 de 1991 y de cualquier otra restricción que el Congreso pueda establecer en esta materia si adiciona o modifica la norma antes mencionada mediante otra Ley Marco, no es contraria a la Constitución en los términos del párrafo (2) del Artículo 7 y del párrafo (2) del Artículo 6 del Acuerdo con el Reino Unido, en el entendido de que el Estado colombiano, según el reparto de competencias que hacen las disposiciones pertinentes, mantiene su derecho de dictar normas cambiarias que establezcan un trato igual entre los nacionales y compañías del Reino Unido y los nacionales y compañías de la República de Colombia, dentro del marco que para ellos establezcan las leyes vigentes”.

A. Competencia

Esta Corte es competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad del “ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES”, y de su Ley Aprobatoria (Ley 246 de 1995), de conformidad con el artículo 241-10 de la Constitución.

B. Aspectos formales

Según el expediente, en el proceso de negociación y firma del Convenio objeto de análisis actuó, con plenos poderes conferidos por el Presidente de la República el 10 de febrero de 1994, el entonces Ministro de Comercio Exterior, Juan Manuel Santos.

Consta igualmente que, con posterioridad a la firma del Tratado, se dió la aprobación del Presidente de la República, Cesar Gaviria Trujillo, según documento de fecha 4 de octubre de 1994.

Es decir, ninguna glosa existe, desde el punto de vista constitucional, acerca de la representación del Estado colombiano al suscribir el Convenio.

El Proyecto de Ley N° 136/94 Senado, aprobatorio del Acuerdo,

fue presentado por el Ministro de Relaciones Exteriores el día 21 de noviembre de 1994, tal como aparece en la Gaceta del Congreso N° 221 del mismo año.

La ponencia para primer debate en el Senado de la República fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 149 de junio 13 de 1995. El Proyecto de Ley N° 136/94 fue considerado y aprobado por unanimidad, en la Comisión II del Senado de la República, el día 7 de junio de 1995, con un quórum deliberatorio y decisorio integrado por diez (10) senadores de un total de trece (13) miembros de dicha Comisión. Lo anterior, de conformidad con certificación expedida el 13 de febrero de 1996 por el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado de la República, la cual obra en el expediente.

En el Senado de la República, la ponencia para segundo debate fue publicada en la Gaceta N° 156 de junio 14 de 1995. El Secretario General del Senado de la República certificó, a solicitud del despacho del Magistrado Sustanciador, que en la Plenaria del Senado de la República del día 16 de junio de 1995, fue aprobado en segundo debate el Proyecto de Ley N° 136/94, “después de registrarse el quórum legal, constitucional y reglamentario”.

En la Cámara de Representantes, la ponencia para primer debate fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 258 de agosto 29 de 1995. El Proyecto de Ley N° 285/95, fue aprobado en la Comisión Segunda por unanimidad, el día 31 de octubre de 1995, con un quórum decisorio y aprobatorio de dieciséis (16) representantes, de acuerdo con certificación expedida por el Secretario General de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, el 28 de noviembre de 1995, a solicitud del despacho del Magistrado Sustanciador.

La Ponencia para segundo debate fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 417 de 22 de noviembre de 1995. La Plenaria de la Cámara de Representantes aprobó por unanimidad el Proyecto de Ley N° 285/95 el día 5 de diciembre de 1995, con un quórum decisorio y aprobatorio de ciento cincuenta y siete (157) representantes, según aparece en la certificación expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes. En la certificación de ese mismo funcionario, fechada el 8 de febrero de 1996, se asevera que el

Proyecto de Ley tuvo una votación de ciento cincuenta (150) votos afirmativos. Sobre esta discrepancia numérica, no puede negarse lo que anota el concepto del Procurador General de la Nación, según el cual “no obstante la diferencia que se advierte de las anteriores constancias en el número de Representantes que dieron su voto afirmativo, incluso la cifra más baja supera con creces la mayoría exigida por el Constituyente”.

Aunque ello es así en este caso, la Corte Constitucional estima necesario advertir acerca de la grave responsabilidad que asumen los secretarios de las corporaciones legislativas y de sus comisiones por las actas y certificaciones que suscriben en torno al trámite de aprobación de las leyes, en particular por lo que respecta a la determinación del quorúm y de las mayorías. Una imprecisión en tales materias puede inducir a irremediables equívocos tanto en el proceso mismo que se surte en el interior del Congreso como en el campo del control de constitucionalidad, aventurándose así la suerte jurídica de las leyes aprobadas o facilitándose, en clara violación a los mandatos constitucionales y reglamentarios, el trámite indebido de las mismas.

La Corte encuentra que, pese a la observación que precede, el trámite y aprobación de la ley objeto de revisión se surtió de conformidad con las exigencias constitucionales y legales, no habiendo lugar a declarar su inconstitucionalidad por vicios de forma.

C. Examen de fondo

En el análisis de la constitucionalidad del Tratado, la Corte procederá, en primer lugar, al estudio de todos los artículos del Convenio, salvo el artículo 6°, relativo a expropiaciones y nacionalizaciones, el cual, en razón de su importancia, será analizado al final de la sentencia.

a) Consideraciones preliminares del Tratado y artículos 1° y 2°. Definiciones y admisión de la inversión

El Preámbulo del Acuerdo declara que su objetivo principal radica en la creación de un clima de confianza que facilite mayores índices de inversión por parte de los nacionales de cada uno de los Estados Parte, en el territorio del otro. Igualmente, se establece que el estímulo y la protección recíproca de estas inversiones sería el vehículo adecuado para favorecer la iniciativa comercial individual y el aumento de la prosperidad en ambos Estados. En el

artículo 1° del Convenio bajo examen se consagran las definiciones de los términos “Inversión”, “Rendimientos”, “Nacionales”, “Compañías” y “Territorio”.

La Corte encuentra que, tanto las consideraciones preliminares como el artículo 2° del Tratado, se ajustan a la normatividad constitucional colombiana.

En efecto, estos preceptos, salvo en cuanto se concretan en los compromisos plasmados en el artículo 6º, no ofrecen motivo de reserva frente a la Carta Política, pues contribuyen a la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y responden a claros motivos de conveniencia nacional (C.P., artículo 226). Es un hecho notorio que los grandes proyectos de infraestructura, de los cuales depende en gran medida el crecimiento económico del país, no serían posibles sin la contribución del capital y la tecnología extranjeros.

En cuanto a las definiciones, esta Corporación tampoco encuentra que quepa formularles tacha alguna de inconstitucionalidad, toda vez que son necesarias para la correcta interpretación y aplicación del Convenio.

El último inciso del literal (a) del artículo 1° del Tratado establece: “El término ‘inversión’ incluye todas las inversiones, bien sea que se hayan efectuado antes o después de la entrada en vigencia de este Acuerdo” (se subraya).

Para la Corte, el pacto adoptado, en el sentido de cobijar también las inversiones efectuadas con anterioridad al Tratado, no constituye factor que pueda perturbar la vigencia de los preceptos constitucionales, ya que, por el contrario, realiza el principio de igualdad, en cuanto se trata de garantías otorgadas por los Estados a los inversionistas tanto para iniciar como para mantener la inversión y, además, en términos de seguridad, a idéntico riesgo está sometido el empresario antiguo como el nuevo, de donde resulta que la igualdad real consagrada en el artículo 13 de la Carta se realiza mejor con los términos acordados en la cláusula examinada que con una referencia tajante a las inversiones futuras.

b) Artículos 3°, 4°, 8° y 12. Reglas de tratamiento de la inversión

El artículo 3° del Tratado establece, como regla general, que las inversiones de cada Parte Contratante deberán recibir de la otra, un trato justo y equitativo y gozar de entera protección y seguridad a un nivel no inferior del que reciben los nacionales del país receptor

de la inversión. De igual forma, se prohíbe a las Partes cualquier tipo de medida de obstaculización, arbitraria o discriminatoria, que afecte la administración, el mantenimiento, el uso, el usufructo o la enajenación de las inversiones constituidas por la otra Parte. En el artículo 4° se consagra el principio del trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida, según los cuales ninguno de los Estados Parte otorgará a las inversiones de la otra, a sus rendimientos o a su administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación, un trato menos favorable que el que otorga a las inversiones de sus propios nacionales y a las de los nacionales de cualquier tercer Estado. Sin embargo, este deber no obliga a las Partes a extender a las inversiones de la otra ningún privilegio proveniente de uniones aduaneras o de acuerdos internacionales similares a éstas y de convenios internacionales o legislación doméstica relacionados con aspectos tributarios (artículo 8°). Por último, el artículo 12 del Tratado dispone que las normas nacionales o internacionales aprobadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo prevalecerán sobre las de éste cuando consagren un trato más favorable.

La posición mayoritaria de la doctrina internacional en torno a los principios del “trato justo y equitativo” y de la “entera protección y seguridad” indican que éstos se determinan en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto. En este orden de ideas, se debe tener en cuenta el objeto y la finalidad del Convenio en la aplicación de cada una de sus reglas particulares.

La Corte no encuentra que lo acordado en esta ocasión, en el sentido expuesto, vulnere mandato alguno de la Constitución. Más bien, se trata de acoger claros principios del Derecho Internacional, como lo ordena el artículo 9° de la Carta.

Desde el punto de vista del comportamiento que estos principios exigen a los Estados Parte, existe acuerdo al afirmar que el trato que se debe otorgar a las inversiones extranjeras debe ser razonable y proporcional.

El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional

establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales. En cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, esta Corporación acoge la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952), oportunidad en la que estableció: “Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados”. La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula.

La Corte Constitucional encuentra que los principios consagrados en los artículos 3°, 4°, 8° y 12 del Tratado se ajustan a las normas de la Constitución Política de Colombia. En efecto, estas normas desarrollan los postulados contenidos en el artículo 13 de la Carta, en el que se consagra el principio de igualdad y se prohíbe toda discriminación de carácter arbitrario, y, especialmente, en el artículo 100 del Estatuto Superior, en donde se establece que, en Colombia, los extranjeros disfrutarán de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, si bien debe advertirse, con arreglo a la misma norma, que “la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

Por ello, en un Tratado Internacional no se podría impedir al legislador colombiano hacer uso de esta atribución cuando se configuren las circunstancias que la norma constitucional contempla.

Esta Corporación considera pertinente precisar, entonces, que las cláusulas de tratamiento nacional y de la nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros. En cuanto a los principios del tratamiento “justo y equitativo” y de “entera protección y seguridad”, entendidos según se expuso más arriba, se observa

que ellos se adecuan al principio de proporcionalidad que la Corte Constitucional ha derivado, entre otros, de los artículos 1°, 2° y 95-1 de la Carta, y que ha definido en la Sentencia T-425 de 1995, como sigue:

“La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., artículo 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos”.

c) Artículo 5°. Compensación por pérdidas

En el artículo 5°, inciso 1°, del Tratado se establece que los nacionales y compañías de cada uno de los Estados Parte cuyas inversiones sufran pérdidas por causa de guerra, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio de la otra Parte, deberán recibir un trato no menos favorable que el que la Parte en cuyo territorio tuvieron lugar las situaciones mencionadas otorga a sus nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado, en materia de restitución, indemnización u otro arreglo. Por otro lado, el inciso 2° del artículo 5° determina que, en los eventos de perturbación del orden público enumerados en el inciso 1°, en los cuales tenga lugar la requisición de la propiedad de los nacionales y compañías de uno de los Estados contratantes por actuación de las fuerzas armadas u otras autoridades de la otra Parte, el primero tendrá derecho a la restitución de su propiedad y, en caso de resultar pérdidas o daños -no derivados de las necesidades propias de la situación-, tendrá derecho a una compensación adecuada.

La Corte considera que la regla consagrada en el artículo 5°, inciso 1°, del Convenio es una aplicación del principio del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida a las situaciones de perturbación del orden público de las que resulten pérdidas para los inversionistas extranjeros. Por este motivo, las razones que sirvieron de fundamento para declarar ajustados a la Carta Política de Colombia los mencionados principios de tratamiento, son también valederas en este caso, pero con idénticas advertencias sobre los alcances del

artículo 100 de la Constitución.

Además, esta Corte llama la atención en el sentido de que las condiciones de restitución, indemnización o compensación a que hace referencia la norma deben entenderse según los postulados que el artículo 90 de la Constitución consagra en materia de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. De otra parte, las disposiciones del artículo 5°, inciso 2°, relativas a requisición de la propiedad de inversionistas extranjeros por parte de las fuerzas armadas u otras autoridades, en casos de perturbación de la paz pública, se sujetan -en su interpretación y aplicación- a lo dispuesto por los artículos 59 (expropiación en caso de guerra, circunstancia en la cual la indemnización puede, ser posterior) y 90 de la Constitución.

De otro lado, no puede entenderse que el legislador quede restringido en las facultades que tiene, para tales casos, a la luz del mencionado artículo 100 *Ibíd.*

d) Artículo 7°. Repatriación de la inversión y rendimientos

En el artículo 7° del Tratado sometido a la revisión de la Corte se garantiza la transferencia irrestricta de las inversiones y sus rendimientos. Estas transferencias deberán efectuarse sin demoras, en la moneda convertible en que el capital fue originalmente invertido y a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia. El inciso 2° del artículo 7° establece que, en circunstancias de dificultades excepcionales en la balanza de pagos, cada uno de los Estados Parte tendrá derecho a ejercer, por un período limitado de tiempo y en forma no discriminatoria y de buena fe, las facultades conferidas por su legislación interna para limitar la libre transferencia de las inversiones y sus rendimientos.

Para la Corte, las disposiciones contenidas en el artículo citado se ajustan a los preceptos de la Carta Política.

En efecto, no se encuentra que esta norma interfiera con las facultades de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. La previsión contenida en el inciso 2° del precepto deja a salvo la necesaria discrecionalidad con que debe contar la Junta Directiva del Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país.

e) Artículos 9° y 10. Mecanismos de resolución de controversias

El artículo 9° del Tratado somete las controversias surgidas entre cada uno de los Estados contratantes y los nacionales o compañías de la otra Parte, relacionadas con inversiones de éstos en el territorio de los primeros, a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión -CIADI-, creado y regulado por las disposiciones de la Convención de Washington de 1965. El procedimiento ante este organismo internacional se origina cuando la diferencia no es solucionada de manera amigable por las Partes, mediante el ejercicio de los recursos locales, o de otra manera, dentro de los tres meses siguientes a la notificación escrita del reclamo. En todo caso, el CIADI carecerá de jurisdicción si la Parte que inicia la controversia ha acordado, acuerda, o somete el litigio a los tribunales administrativos de la otra Parte. Igualmente, se prohíbe el recurso a la vía diplomática para resolver la diferencia, salvo cuando el CIADI considere que ésta no se encuentra bajo su jurisdicción o la Parte condenada no se atenga o no cumpla el laudo dictado por un tribunal de arbitraje.

Por su parte, el artículo 10 del Convenio establece que las diferencias surgidas en torno a su interpretación o aplicación deberán ser resueltas, en lo posible, a través de la vía diplomática. Si dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la diferencia es notificada por escrito no es posible la resolución de la controversia por vía diplomática, ésta será resuelta por un tribunal de arbitraje, a solicitud de cualquiera de los Estados contratantes.

Considera la Corte que el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del Tratado a la jurisdicción del CIADI y a los tribunales de arbitramento, se ajusta a los postulados de la Constitución Política de Colombia. En primer lugar, debe anotarse que las autoridades judiciales colombianas no quedan excluidas, de plano, de la resolución de los conflictos relativos a las inversiones cobijadas por el Convenio bajo examen. En efecto, son las autoridades colombianas las que deben conocer, en primera instancia, de las mencionadas controversias, toda vez que, según el artículo 9-3 del Acuerdo, sólo podrá acudir al CIADI una vez se haya hecho uso de los recursos locales dentro de los tres meses siguientes a la notificación escrita del reclamo.

De igual forma, el numeral 4 del artículo 9° determina que el CIADI carecerá de competencia

si la controversia es sometida a los tribunales administrativos del país receptor de la inversión.

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

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

En razón de la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de las inversiones a las que se refiere el Tratado sub examine, puede llegar a ser mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione.

Por otra parte, la Corte considera que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el artículo 226 de la Carta no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales.

Debe recordarse que, aun en la vigencia de la Constitución anterior, que no era tan expresa como la actual en estas materias, la Corte Suprema de Justicia ya se había ocupado del tema cuando, en la Sentencia de agosto 26 de 1976 (MP. Guillermo González Charry), determinó que el Estado colombiano sí podía someterse a leyes y tribunales extranjeros, siempre y cuando tal sometimiento fuera autorizado por un tratado internacional aprobado por el Congreso de la República.

f) Artículo 11. Subrogación

En el artículo 11 del Convenio se establece que si uno de los Estados Contratantes, o su Agencia designada, efectúa un pago por concepto de una indemnización relacionada con una inversión de sus nacionales o compañías en el territorio de la otra Parte Contratante, ésta deberá reconocer a aquella el traspaso de todos los derechos y reclamos que el nacional o compañía indemnizado hubiere recibido bajo las normas del Convenio o las leyes nacionales. De igual forma, se consagra que el Estado Parte que paga la indemnización tendrá derecho, en virtud de la subrogación, a ejercer todos los derechos y reclamos en la misma proporción que el nacional o compañía indemnizado y a recibir el mismo tratamiento que estos últimos hubieran recibido en materia de derechos, reclamos y pagos otorgados por el Tratado.

El mecanismo de la subrogación tiende a hacer efectivos los sistemas de garantía de las inversiones internacionales. Bien es sabido que, en general, esta forma de protección de la inversión extranjera puede lograrse a través de dos tipos de previsiones: (1) los mecanismos nacionales; (2) los mecanismos internacionales.

Los primeros se presentan cuando es el Gobierno de un determinado país el que asume la garantía de las inversiones que sus nacionales y compañías realicen en el extranjero. Por su parte, los mecanismos de garantía de Derecho Internacional son ejercidos por alguna organización de Derecho Internacional Público, creada en virtud de un tratado multilateral, con el objeto de garantizar las inversiones que los nacionales de los Estados Parte constituyan en el extranjero. Cualquiera sea su naturaleza, los mecanismos de garantía buscan cubrir los riesgos que implica toda inversión internacional y tienen por objeto la transferencia de estos riesgos del inversionista privado al organismo de garantía.

La Corte Constitucional considera que las disposiciones contempladas en el artículo 11 del Tratado sometido a su revisión, se ajustan a la Constitución Política, pues no involucran ni afectan para nada los postulados y reglas que ella consagra y, más bien, plasman sistemas de acuerdo previo sobre responsabilidades de los Estados Partes ante sus inversionistas, con miras a la seguridad y estabilidad de las inversiones. Los mecanismos de subrogación que allí se contemplan no modifican las obligaciones que las Partes contraen con la suscripción del Convenio.

Además, el mecanismo de la subrogación no interfiere con ninguna facultad del Gobierno nacional relativa a la ejecución o cumplimiento del Acuerdo, toda vez que esta figura sólo

regula las relaciones del inversionista extranjero con su Gobierno o con el organismo de Derecho Internacional que acuda al mecanismo de garantía correspondiente.

Se reafirma lo dicho en Sentencia C-203 del 11 de mayo de 1995, sobre el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, MIGA, en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional considera que mediante instrumentos como este se cumplen los mandatos de los artículos 226 y 227 de la Constitución, según los cuales el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y buscar la integración económica, social y política con las demás naciones.

Particularmente, el Convenio examinado debe entenderse a la luz del concepto plasmado en el artículo 150, numeral 16, de la Carta Política, en cuya virtud, por medio de tratados y también sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, podrá el Estado transferir parcialmente determinadas atribuciones -en este caso el otorgamiento de garantías contra riesgos no comerciales respecto de inversiones efectuadas entre los países miembros- a organismos internacionales -como lo es el que por este Convenio se crea-, con el objeto de promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Es evidente que, para los efectos de adelantar un proceso de mutua colaboración en materia económica entre los distintos países del orbe, se hace indispensable estimular la inversión en las actividades productivas y que ésta, a la vez, resulta impracticable si no existe un régimen de garantías de las mismas adecuado a las necesidades del país inversionista y del receptor.

En este sentido, la creación del MIGA favorece el flujo de inversiones y contribuye inmensamente al desarrollo de los países comprometidos en el proceso, entre ellos Colombia”.

g) Artículos 13, 14 y 15. Extensión territorial, vigencia, duración y terminación

En el artículo 13 del Tratado se prevé que sus disposiciones podrán extenderse a los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable el Reino Unido. Por su parte, el artículo 14 estatuye que el Convenio se ratificará y entrará en vigencia a partir del

intercambio de instrumentos de ratificación. Por último, en el artículo 15 del Acuerdo se determina que éste tendrá un período de vigencia de diez años. Desde ese momento, seguirá rigiendo durante doce meses a partir de la fecha en que cualquiera de las Partes notifique por escrito a la otra la terminación del Tratado. En todo caso, las normas del Convenio serán aplicables durante diez años después de la fecha de terminación, respecto de las inversiones que se hayan efectuado durante su vigencia.

A juicio de la Corte, las previsiones contempladas en los artículos 13, 14 y 15 del Acuerdo se ajustan a la Carta Política, como quiera que son necesarias para la aplicación y ejecución de cualquier instrumento de Derecho Internacional Público.

Es facultad de las partes en toda convención, bilateral o multilateral, a nivel privado, público, o en el campo de las relaciones internacionales, dejar definido cuándo principia la observancia de lo pactado y cuál habrá de ser el término de su duración.

(Hasta aquí la ponencia original, elaborada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, a la cual se han introducido las necesarias adaptaciones metodológicas y argumentales acordes con lo resuelto por la Sala).

h) Artículo 6º. Expropiaciones y nacionalizaciones

Análisis especial merece, a la luz de la Constitución, el artículo 6º del Convenio, por medio del cual se garantiza que las inversiones de nacionales y compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra, a nacionalización o medidas equivalentes o a tomas de control de ciertas actividades estratégicas o de servicios; que cualquier forma de expropiación o medidas con efecto equivalente deben realizarse 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; que la indemnización deberá incluir intereses hasta el día del pago, pagarse sin demora injustificada, ser efectivamente realizable y libremente transferible; que el nacional o compañía afectados por expropiaciones tendrán derecho, de acuerdo con la ley, a una revisión pronta de su caso por parte de autoridad judicial; y que nada de lo dispuesto en el Acuerdo obligará a cualquiera de las Partes Contratantes a proteger inversiones de personas involucradas en actividades criminales graves.

1. Violación del artículo 58 de la Constitución

Para la Corte es claro, más allá de toda duda, que el artículo 6 del Acuerdo que se revisa, es abiertamente opuesto al artículo 58 de la Constitución, por las razones que en seguida -y sintéticamente- se exponen:

1.1. Desconocimiento de una de las formas de expropiación consagrada en la disposición referida.

En efecto: mientras el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución establece que "...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", el artículo 6 del Convenio que se examina, en su parte pertinente dispone:

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

"b) 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 relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva."
(Subraya la Corte)

Resulta, entonces, evidente que el Convenio prohíbe a las partes, de modo terminante, una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autoriza.

1.2. Y no se diga que por ser excepcional la potestad conferida por el Constituyente al legislador para determinar los casos en que por motivos de equidad procede la expropiación sin indemnización, la oposición entre ambas normas no tiene lugar. Porque lo que implica el literal b) del artículo 6 del Convenio es la renuncia obligada, por parte del legislador a ejercer una facultad que el Constituyente le asigna. El asunto que se debe tratar es, entonces, el de la razón por la cual no es jurídicamente válido ese compromiso.

Pudiera argüirse que la cláusula es válida, puesto que el legislador está sólo facultado (mas no obligado) a determinar los casos en que, por motivos de equidad, puede haber expropiación sin indemnización, y precisamente a lo que lo compromete el Convenio es a no

ejercitar dicha potestad en ese caso (el de las inversiones británicas en Colombia).

Empero, contra ese argumento caben dos reparos: 1) Aun cuando aparentemente la renuncia se refiere a un caso (el de los inversionistas británicos), no es esa en realidad la situación. Porque las inversiones de los nacionales británicos o de las compañías británicas no constituyen un caso sino una categoría de casos y, por tanto, el legislador no está haciendo uso de la potestad de abstenerse en un caso concreto, a posteriori, de determinar si procede o no la expropiación sin indemnización, sino renunciando, por vía de disposición general, a juzgar, en todos los casos de inversionistas británicos, si procede o no la indemnización, por razones de equidad. 2) Y es que la referencia a la equidad implica, sin duda, la obligación, a cargo del legislador, de evaluar cada uno de los eventos en que proceda la expropiación, para determinar si, conforme a la equidad, procede o no la indemnización. Porque, en armonía con la elaboración aristotélica, la equidad no es otra cosa que el juicio que se formula, según las reglas de la justicia, sobre un caso concreto, con el objeto de determinar la solución que para él resulta adecuada.

Dice Aristóteles: “Donde el legislador no puede hacer distinciones demasiado exquisitas, ya que siempre debe hablar en términos generales, el hombre que soporta las cosas fácilmente y se contenta con lo que el legislador, si hubiera podido discriminar los casos concretos, le hubiera asignado, este tal es un hombre equitativo. No es en realidad el que siempre abandona sus justas pretensiones; no puede él renunciar a lo que es esencialmente justo, sino sólo a las pretensiones legales, que el legislador se vio a la fuerza obligado a no especificar más” (“Gran Etica”, Libro segundo, Capítulo 1).

Es que obligarse, a priori, el legislador a cerrar los ojos y abstenerse de juzgar si resulta o no equitativa la expropiación en ciertos casos, con el objeto de hacer más provocativas las inversiones extranjeras, en detrimento de los inversionistas nacionales y de los extranjeros distintos a los expresamente favorecidos, es algo que mal puede avenirse con la filosofía de una Carta que desde su artículo 2 asigna, como fin esencial de las autoridades de la República, el de “...asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Subraya la Corte).

1.3. De otra parte, se aduce que el artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica, vinculante para Colombia, establece claramente la obligación de compensar la expropiación

mediante el pago de una indemnización justa, en los siguientes términos: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

Sobre el punto, son pertinentes algunas reflexiones.

Si la obligación que se desprende del artículo citado consiste en pagar una indemnización justa, a cambio de la expropiación, es preciso anotar que la justicia de la indemnización condiciona, sin duda, la existencia del deber. Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá recibir 50, pero, por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa. y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia), la indemnización no procede.

A propósito de lo anteriormente dicho, resulta ilustrativo, de nuevo, citar a Aristóteles quien, al discurrir sobre este tipo de justicia, escribe en el Libro V, Capítulo 4, de la *Ética Nicomaquea*: “Los nombres de pérdidas y provecho, de que nos hemos servido, proceden del lenguaje de las transacciones voluntarias. Se dice que una persona obtiene un provecho cuando tiene más de lo que se debe; que experimenta una pérdida cuando tiene menos de lo que tenía antes; por ejemplo, en las ventas, las compras y todas las transacciones en que la ley deja plena libertad. En cambio, cuando no se obtiene ni más ni menos de lo que se tenía, y la equidad se ha tenido en cuenta (subraya la Corte), se dice que cada uno tiene lo que le corresponde y que no hay allí ni pérdida ni provecho. De esta manera, lo justo se halla a igual distancia del provecho y de la pérdida, en lo que concierne a las transacciones no voluntarias, y resulta de ello que cada uno tiene tanto antes como después”.

No hay, pues, incongruencia alguna entre lo que dispone el Pacto de San José y lo que establece el artículo 58 de la Constitución en su inciso 6, salvo que este último autoriza al legislador a evaluar, por mayoría calificada, en cada caso concreto, qué es lo equitativo.

1.4. Pero, aún aceptando, sólo en gracia de discusión, que el artículo 58 (inciso 6) contradice

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

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

1.5. Aspecto bien importante del artículo 58 de la Constitución es el relativo al carácter discrecional de las decisiones que adopte el Congreso al definir los motivos de utilidad pública o interés social que pueden dar lugar a la expropiación ordinaria, así como al resolver en concreto si en un determinado caso se dan las razones de equidad que justifican el no pago de indemnización a la persona propietaria que, con base en aquellas, es despojada de su propiedad.

La Constitución de 1886 nada decía al respecto y, a la luz de sus normas, en especial las consagradas en el artículo 30, bien habría podido sostenerse que la ley mediante la cual se definían los motivos de utilidad pública o interés social y la decisión que en concreto adoptara el Congreso en torno a una cierta expropiación sin indemnización podían ser objeto de controversia judicial durante la cual se pusiera en tela de juicio la validez de los motivos y razones invocados frente a la normatividad superior, si bien aun entonces habría sido muy discutible la prosperidad de la acción, pues las determinaciones sobre inexequibilidad o nulidad sobre la valoración legislativa de los aludidos elementos, habrían tropezado con la indudable discrecionalidad del Legislativo, inclusive bajo el texto consagrado en la Reforma Constitucional de 1936.

En lo que toca con la Constitución Política de 1991, la norma constitucional consagrada puso fin a toda discusión, no sólo en lo referente a las posibles demandas de inexequibilidad

contra la ley que define los motivos de utilidad pública o de interés social para la expropiación, sino en relación con las eventuales acciones que, a partir de discrepancias sobre lo que es equitativo y lo que no lo es, pudieran intentarse contra el acto concreto de expropiación por razones de equidad adoptado por el Congreso con la mayoría exigida.

En efecto, el inciso final del artículo 58 de la Carta excluye expresamente de toda forma de control judicial las indicadas determinaciones del legislador, que corresponden a su libre y autónoma decisión, al afirmar: “Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

La referencia normativa es genérica y, por tanto, cobija tanto los cargos por inconstitucionalidad como los que pudieran invocarse pretendiendo la vulneración de preceptos legales de índole sustancial o procesal en lo referente al concepto de “equidad”.

Así, pues, tanto esta Corte como los demás jueces del Estado carecen de jurisdicción y de competencia para asumir el conocimiento de cualquier proceso sobre el tema.

Ello hace inconstitucional, en cuanto alude a los motivos y razones del legislador para expropiar, la cláusula consagrada en el artículo 6º del Tratado en estudio, en la parte que dice:

“El nacional o compañía afectado tendrá derecho, de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en los párrafos (1) y (2) de éste Artículo”.

En efecto, al paso que la Constitución excluye de plano y en forma imperativa toda forma de revisión judicial en lo que respecta a la motivación de utilidad pública, interés social o equidad, el Convenio examinado la consagra, sin ningún tipo de distinciones y con carácter obligatorio para las Partes.

2. Transgresión del artículo 13 de la Constitución

En la argumentación expuesta anteriormente se hizo referencia, obiter dicta, al tratamiento

discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del Convenio. Es oportuno ahora hacer más explícitas dichas razones:

El artículo 13 de la Constitución colombiana sienta, de modo categórico, el postulado de la igualdad, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.....” (subraya la Corte)

Ahora bien: es indudable que de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.

Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al co-tratante.

Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene

operancia en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.

El argumento según el cual la discriminación en favor de los extranjeros se justifica por estar excluidos del ejercicio y control del poder público, esgrimido por los voceros oficiales en este proceso, no es válido, si se recuerda el diáfano texto del artículo 4º de la Constitución, a cuyo tenor “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (subraya la Corte). Evidentemente, de este principio no están excluidas las reglas del artículo 58 de la Constitución, particularmente las que hacen posible la expropiación sin indemnización por razones de equidad y por determinación del Congreso, sin distingo alguno por razones de nacionalidad, como se deja expuesto.

3. La prohibición absoluta, en el Tratado, de establecer monopolios

Ha centrado la Corte su análisis, hasta ahora, en el literal b), 1, del artículo 6 del Convenio, por considerar que en él radican las dificultades mayores y más paradigmáticas del examen de constitucionalidad.

Con más facilidad puede identificarse la transgresión implícita en el literal a) número 1 del mismo artículo 6, referida al artículo 336 de la Constitución.

En los apartes pertinentes, dicho artículo dispone:

“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.”

Es decir, que mientras la Carta autoriza la constitución de un arbitrio rentístico, por mandato del legislador, en función de un interés público o social (lo que puede implicar la nacionalización de una actividad que antes podía ser cumplida por extranjeros), el literal en cuestión la prohíbe de manera terminante.

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

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

Juzga la Corte importante subrayar el hecho de que en el numeral 5 de la norma tantas veces citada, se sustraen de la protección de las partes las inversiones hechas por “personas involucradas en actividades criminales graves”. No es pertinente, a juicio de la Sala, distinguir, tratándose de conductas criminales, entre graves y leves para los fines perseguidos en el Convenio. El sólo hecho de ser criminales, debe sustraerlas a cualquier tipo de protección derivada de un instrumento internacional.

4. Unidad de materia

Dada la unidad lógica que existe entre los distintos apartes del artículo 6 del Convenio, la declaración de inconstitucionalidad que hará la Corte de los numerales en cuyo examen se ha detenido especialmente la Sala, implica el rechazo de todo el artículo que, de otro modo, quedaría sin sentido.

5. Los términos de comparación en la verificación de constitucionalidad de los tratados internacionales

Finalmente, ante afirmaciones de los ministros intervinientes, del Director de Planeación y del Banco de la República, que aluden de manera expresa a disposiciones consagradas en la Ley 9 de 1991 y en la Resolución No. 51 del CONPES, la Corte debe reiterar que su función de

control previo sobre el fondo de los tratados internacionales celebrados por Colombia tiene por referencia y objetivo a la Constitución Política, con la cual se confrontan precisamente dichos pactos, y mal podría fundarse la exequibilidad o inexecuibilidad de los mismos en reglas consagradas por leyes o en actos administrativos.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR EXEQUIBLES el “ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES”, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y la Ley 246 de 1995 que lo aprueba, con excepción del artículo 6º de aquel, que se declara INEXEQUIBLE.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política, el Presidente de la República, al manifestar el consentimiento de Colombia en obligarse por el Tratado, únicamente podrá ratificar las cláusulas del mismo que, según esta Sentencia, se ajustan a la Constitución Política.

Segundo. De acuerdo con lo advertido en la parte motiva de esta providencia, las cláusulas de tratamiento nacional y de la Nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros.

Sólo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado en obligarse por el Tratado.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, así como al Ministerio de Relaciones Exteriores, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Magistrado

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento Parcial de voto a la Sentencia C-358/96

TRATADO INTERNACIONAL/EXPROPIACION EN LA CONSTITUCION POLITICA-
Compatibilidad/EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION (Salvamento de voto)

Es evidente que el repertorio de garantías - principio de legalidad, compensación y defensa judicial -, dispuesto por el Tratado, se ajusta al esquema ordinario de la expropiación contenido en la Constitución que, en lo sustancial, descansa sobre un sistema análogo de protección. Las precisiones que se hacen en el convenio, en relación con cada una de las salvaguardias mencionadas, son compatibles con dicho régimen expropiatorio. La

compensación pronta, adecuada y efectiva, postulada en el Tratado, no riñe con la Constitución que establece como derecho del titular del bien a expropiar y requisito sine qua non de la expropiación, la indemnización previa. Precisamente, por tratarse de un derecho constitucional este debe ser efectivamente protegido, lo que pretende hacerse a través del Tratado al disponerse que se tome en consideración su valor genuino y que su monto expresado en divisas, dado el origen de la inversión, sea libremente transferible al exterior.

EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION-Libertad del legislador en ordenarla (Salvamento de voto)

Lo que ciertamente se descubre en el precepto constitucional es una norma permisiva que autoriza positivamente al Legislador para optar en determinados eventos por imponer una expropiación sin indemnización. Si la Constitución no hubiese previsto expresamente la expropiación sin indemnización, es claro que no podría ésta nunca verificarse; pero, la facultad concedida al Legislador, indica que esta modalidad no está prohibida, de modo que aunque no sea obligatorio decidirse por ella, puede aquél órgano ordenarla o abstenerse de hacerlo.

PRINCIPIO DE EQUIDAD-Errónea interpretación (Salvamento de voto)

Los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto estimamos que la posición de la Corte es errónea, como quiera que el inciso 5° del artículo 58 de la Constitución utiliza, claramente, la primera de las acepciones del concepto de equidad. Esto es, la equidad en su acepción aristotélica, sólo es aplicable a la actividad que llevan a cabo los jueces y administradores, a quienes corresponde la aplicación del tenor general de la ley a los casos y eventos particulares. De esta forma, es necesario concluir que todos los poderes públicos operan de conformidad con los postulados de la equidad, pero que este criterio tiene un contenido y una proyección diferentes según se trate del Legislador o de los administradores y jueces. El error en que incurre la sentencia de la cual nos apartamos consiste en haber otorgado a la noción de equidad, en materia de expropiación sin indemnización - ámbito de clara configuración por parte del Legislador -, el sentido y alcance que este concepto ostenta dentro del ámbito de operación de jueces y administradores.

EXPROPIACION-Pago de indemnización justa (Salvamento de voto)

La condición sobre la que existe un consenso absoluto es aquella que se relaciona con el pago de una indemnización justa. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina internacionales no dudan en afirmar que sin el pago de una indemnización, las medidas de expropiación se convierten, pura y simplemente, en una confiscación, acto ilícito en el ámbito del derecho internacional que compromete, automáticamente, la responsabilidad del Estado que lo lleva a cabo. Es así como el pago de una indemnización justa, como condición sine qua non de la licitud del ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de los Estados, puede considerarse sin vacilaciones como un principio de derecho internacional consuetudinario, vinculante para cualquier Estado, independientemente de su inclusión en instrumentos de carácter convencional.

CONVENCION INTERNACIONAL/INVERSION EXTRANJERA-Protección judicial (Salvamento de voto)

El Convenio, en materia de protección judicial a los inversionistas internacionales, determina que esta protección sea competencia, en forma primaria, de los tribunales internos y se haga de conformidad con las normas nacionales del Estado que adopta las medidas de desposesión. Lejos de ser inconstitucional en esta materia, el Tratado es particularmente respetuoso con las normas y procedimientos judiciales internos del Estado colombiano.

EXPROPIACION/NACIONALES COLOMBIANOS/EXTRANJEROS-Relaciones de igualdad (Salvamento de voto)

Los extranjeros se encuentran en una situación distinta a la de los nacionales colombianos en materia de ejercicio de los derechos políticos. Los extranjeros no tienen ningún tipo de participación en la conformación de la decisión de expropiar que adopte el Congreso de la República, en donde carecen de cualquier tipo de representación. Sin embargo, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensidad con que deben hacerlo los nacionales colombianos.

INTERNACIONALIZACION DE LAS RELACIONES ECONOMICAS/SOBERANIA DEL ESTADO (Salvamento de voto)

El proceso de globalización e internacionalización de las economías mundiales apareja, una nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos

completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación. La soberanía sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.

Referencia: Exp. LAT-062

Revisión constitucional de la Ley 246 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el ‘ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES’, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994”

Magistrados Ponentes:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Con el acostumbrado respeto por los fallos adoptados por la Sala Plena de esta Corporación, los suscritos magistrados nos permitimos manifestar, a continuación, las razones por las cuales no compartimos la decisión adoptada en el asunto de la referencia, en el sentido de haber declarado inexecutable el artículo 6° del “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones”, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994 y aprobado por la Ley 246 de 1995.

A continuación se presentan los aspectos fundamentales de la ponencia derrotada, sometida a la consideración de la Sala Plena de la Corte por parte del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Una errónea interpretación del inciso 5° del artículo 58 de la Constitución

1. Al iniciar el análisis de la constitucionalidad del artículo 6° del Tratado, la sentencia de la cual disentimos afirma, de manera rotunda:

“Para la Corte es claro, más allá de toda duda, que el artículo 6° del Acuerdo que se revisa,

es abiertamente opuesto al artículo 58 de la Constitución, (...).”

A juicio de los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto, no existe oposición frontal alguna entre el artículo 6° del Convenio y el artículo 58, inciso 5°, de la Constitución. Por el contrario, en este caso existía una alternativa plausible y razonable de interpretación de la norma constitucional antes anotada, la cual fue desdeñada por la posición mayoritaria, que optó por una interpretación exegética, asistemática e inflexible que, como más adelante se verá, a lo único que conduce es a la reforma constitucional.

2. La triple salvaguardia a la inversión extranjera – legalidad, compensación y defensa judicial -, que se conviene en el Tratado, corresponde, como se pasa a exponer, al esquema ordinario de protección que la Constitución brinda a la propiedad privada y a los demás derechos de contenido patrimonial.

En primer término, corresponde al Legislador señalar la causa expropriandi, vale decir, los motivos de utilidad pública o de interés social, que hacen obligatorio y legítimo el desapoderamiento de las titularidades patrimoniales privadas y, a la vez, fijan el ámbito dentro del cual deben ejercer sus competencias las autoridades administrativas y judiciales que participan en el respectivo procedimiento. En realidad, la expropiación no es un fin último, sino el medio necesario para cumplir una designio social o público superior que por esta razón justificadamente desplaza las posiciones e intereses dominicales. La “utilidad pública”, se vincula a necesidades variadas de la administración y de los servicios a su cargo. La utilidad o el “interés social”, por su parte, incorpora un criterio de afectación de bienes a políticas que benefician a un determinado número de beneficiarios. Durante la vigencia de la Constitución de 1886, se presentó una discusión relativa a la necesidad de la distinción entre “utilidad pública” e “interés social”. La expresión “interés social” fue introducida en la Reforma Constitucional de 1936, con el fin de favorecer a un grupo de personas que se encontraran especialmente desprotegidas, a diferencia de la “utilidad pública” que se presentaría en casos en que toda la comunidad resulta beneficiada. En razón de la vaguedad de los términos, algunos tratadistas, liderados por la autorizada opinión de Alvaro Copete Lizarralde, consideraron que la distinción era del todo inútil.

La causa expropriandi está destinada a servir de apoyo a las privaciones singulares que con base en ella se produzcan, las cuales pueden consistir en enajenaciones forzosas – hipótesis

más socorrida -, o en otros menoscabos, gravámenes o afectaciones imperativa y deliberadamente impuestos y que eliminan, sustraen o transfieren el contenido patrimonial sustancial de una determinada titularidad y cuya incidencia sobre la propiedad, supera con creces las que acompañan a la no infrecuente limitación y delimitación normativa del derecho de propiedad, originadas en su función social y ecológica, o a las injerencias y reducciones de la libertad económica como consecuencia de medidas de intervención.

La expropiación, sin embargo, sólo puede verificarse “mediante sentencia judicial e indemnización previa”. No es suficiente que la entidad pública respectiva determine en una situación específica los bienes concretos que han de ser sustraídos del dominio privado y puestos al servicio de la finalidad pública o del interés social identificados por el Legislador. Se requiere que se inicie y culmine un proceso judicial, de modo que si se reúnen los requisitos establecidos en la Constitución y la ley, será la sentencia la que pondrá fin a la propiedad privada. La intervención del Juez se endereza a asegurar el ejercicio regular de la potestad expropiatoria y a garantizar el derecho de propiedad. El respeto a las formas procedimentales y a la intervención del juez, con la salvedad que se hará más adelante, integran la médula de esta garantía y, por consiguiente, su ausencia, conduce fatalmente a la ilegitimidad de la actuación pública, pues está claro que ésta no podrá nunca ejercitarse de manera incondicionada o absoluta, así aparezca dotada externamente de legalidad.

La indemnización previa es también un requisito sustancial de la expropiación. La Constitución reitera la antiquísima garantía de la propiedad: *ubi expropriatio ibi indemnitas*. Hacer caso omiso de este elemento, desnaturalizaría la figura expropiatoria y la convertiría en confiscación o en un sucedáneo del mismo género. Se precisa que en el patrimonio del expropiado, en lugar del bien objeto de la medida, ingrese un valor monetario a título de indemnización pecuniaria cuyo monto se fijará “consultando los intereses de la comunidad y del afectado”, la cual, además tiene carácter preventivo y de ahí que tenga la connotación de “previa”, esto es, constituye el presupuesto de validez y eficacia del efecto expropiatorio. El sacrificio que representa la expropiación - que se indemniza con el objeto de preservar el principio de igualdad ante las cargas públicas -, se tornaría excesivo si la indemnización se reservase para un momento posterior. Al súbito empobrecimiento del sujeto expropiado, se adicionaría, en este caso, la carga de tener que financiar forzosamente al Estado durante determinado tiempo y, también, soportar la depreciación monetaria. El aludido principio de igualdad, resultaría quebrantado.

El esquema ordinario de la expropiación, que acaba de exponerse de manera sucinta, debe complementarse con dos modalidades de la figura, relativas al órgano expropiante y al pago del justiprecio. En lo que concierne al primer aspecto, la Constitución contempla, junto a la vía judicial, la posibilidad de que la expropiación pueda adelantarse directamente por la administración, “sujeta a posterior acción administrativa, incluso respecto del precio”. Corresponde al Legislador determinar los casos en los que sea admisible esta forma de ejercicio de la potestad expropiatoria. En la Asamblea Nacional Constituyente, se justificó en los siguientes términos esta variante de la expropiación ordinaria:

“El proyecto de articulado cambia el sistema actual que ordena el trámite por la rama jurisdiccional. Es un cambio substancial, por cuanto la expropiación sería más expedita, lo que quiere decir que la voluntad política de las mayorías se vería expresada en realidades sociales por la sola decisión de quienes reciben un mandato que implique este tipo de procedimientos para convertirse en realidad.

Si esas mayorías representadas en el ejecutivo y en el parlamento tienen en el programa con el que ganaron el respaldo popular, por ejemplo, planes de reforma agraria, podrán aprobar la ley respectiva y luego proceder con agilidad a la obtención de los predios necesarios mediante trámites administrativos que están en sus propias manos¹”.

Finalmente, al margen de la hipótesis ordinaria, la Constitución ha previsto que el Legislador “podrá” determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, por razones de equidad, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. En este evento, las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el Legislador, no serán controvertibles judicialmente (C.P., artículo 58). En la Asamblea Nacional Constituyente, se fundamentó así la omisión del requisito esencial del pago de la indemnización a quien sufre la medida:

“La manera más eficaz de ver y entender los casos, es teniendo vivencias de ellos. Por eso, ‘la función social’, se prueba en su práctica, la cual da como resultados, entre otros, la expropiación. No obstante introducirse tres (3) clases de ‘expropiaciones’ en la reforma del 36, éstas no son tales, de ahí que las coloquemos entre comillas, en son de advertencia. Se han desarrollado como ventas forzosas, por un lado y, por otro, compra forzosa, hasta el punto que puede ser un gran negocio ‘expropiar’ y ser ‘expropiado’. No queremos recordar

hechos repugnantes de corruptela, en cuanto a la ejecución de las 'expropiaciones' con indemnización previa y con indemnización posterior.

Aún la llamada sin indemnización, pero por motivos de equidad, presenta una contraprestación, que se cristaliza en la valoración del predio²".

La expropiación sin indemnización por razones de equidad, fue introducida en el ordenamiento constitucional en la reforma de 1936, en los mismos términos en que hoy figura en el artículo 58, inciso 5°, de la Carta Política, salvo lo atinente a la inmunidad judicial de las razones de equidad y los motivos de utilidad pública o interés social. El antecedente directo de esta figura parece ser el Acto Legislativo N° 6 de 1905, por medio del cual se reformó el artículo 32 original de la Constitución de 1886, en los siguientes términos:

"En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo ni en parte, sino en los casos siguientes con arreglo a leyes expresas:

Por contribución general;

Por motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, previa indemnización, salvo el caso de la apertura y construcción de vías de comunicación, en el cual se suponen que el beneficio que derivan los predios atravesados es equivalente al precio de la faja de terreno necesaria para la vía; pero si se comprobare que vale más dicha faja, la diferencia será pagada" (negrilla fuera de texto).

Mientras rigió el artículo 30 de la Carta Política anterior, se sostuvo que la expropiación sin indemnización por motivos de equidad tenía un carácter aún más excepcional que el de la expropiación común, en razón de los requisitos que la Constitución fijaba para su procedencia (mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, que la orden proviniera del Legislador y que existieran "razones de equidad"). De igual forma, se anotaba que las razones de equidad no constituían un nuevo motivo de expropiación, adicional al "interés social" o a la "utilidad pública". Las razones de equidad sólo tenían como efecto permitir el no pago de una indemnización o que ésta fuera parcial.

En cuanto a qué debía entenderse por "razones de equidad", dos tesis hicieron carrera. La primera, de carácter mayoritario, fue sostenida por los más autorizados iuspublicistas

nacionales (Carlos H. Pareja, Alvaro Copete Lizarralde, Luis Carlos SÁCHICA y Jaime Vidal Perdomo) quienes, influenciados por las disposiciones del Acto Legislativo N° 6 de 1905, argumentaban que la expropiación por razones de equidad constituía un evento en el cual se producía una indemnización en forma indirecta, que no consistía en un pago en dinero sino en otra clase de beneficio que debía ser determinado por el Legislador. Por ejemplo, Carlos H. Pareja afirmaba que si la expropiación no había causado ningún perjuicio al expropiado, pagarle una indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa. Por su lado, Copete Lizarralde y Vidal Perdomo estimaban que esta forma de expropiación era aplicable en aquellos casos en los cuales la ejecución de una determinada obra indemnizaba el perjuicio que causaba la expropiación. En este evento, existía una indemnización cuyo monto correspondía al valor del resto de la propiedad parcialmente expropiada. Según Pareja, de no existir alguna forma de indemnización se estaría ante una confiscación de carácter inconstitucional.

En una única oportunidad en que la Corte Suprema de Justicia se ocupó de la expropiación sin indemnización, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1a de 1972 - mediante la cual se autorizaban expropiaciones por motivos de equidad en el Archipiélago de San Andrés -, esa Corporación prohió la interpretación tradicional en punto a lo que debía entenderse por "razones de equidad". En efecto, en la sentencia de noviembre 27 de 1973 (MP. Alfonso Peláez Ocampo) la Corte afirmó:

"La equidad, que viene del latín: equus-equi, significa igualdad o equivalencia, y tratándose de expropiaciones sin indemnización, aquélla existe cuando el perjuicio causado al particular con la expropiación resulta compensado de alguna manera con el destino del bien expropiado (...)"

La segunda tesis acerca del sentido que debía otorgarse a los motivos de equidad tendía a señalar que podían producirse eventos de expropiación sin indemnización en los cuales el destino de los bienes expropiados no compensaba, en modo alguno, el detrimento patrimonial, ni siquiera en especie.

Esta posición consta en el salvamento de voto de los magistrados Guillermo González Charry, José Gabriel de la Vega, Luis Sarmiento Buitrago, José María Velasco Guerrero, José María Esguerra Samper, Humberto Barrera Domínguez, Eustorgio Sarria, Alvaro Luna Gómez, Luis

Enrique Romero Soto y Luis Carlos Pérez a la mencionada sentencia de noviembre 27 de 1973 proferida por la Corte Suprema de Justicia. Sobre este punto los magistrados disidentes afirmaron:

“La equidad, o tratamiento justo de los intereses en juego a través de una expropiación, debe mirarse no sólo a través del expropiado sino también del Estado, representante de la comunidad. En muchas ocasiones la propiedad no ha recibido de la comunidad beneficio alguno o lo ha recibido a va a recibirlo solo parcialmente, y entonces la indemnización previa, total o parcial, tiene amplia justificación. En otras ha recibido de la comunidad beneficios económicos de tanta entidad, que obligar al Estado a un pago adicional a título de la indemnización cuando la requiere para sus servicios, resulta inicuo y enteramente contrario a la equidad. Se dan aquí también los casos en que la propiedad que se pretende expropiar ha sido adquirida, usada y explotada contra los intereses de la comunidad al punto de que resulta excesivo obligar al Estado a un pago adicional por adquirirla, pues en realidad nada hay en este caso que indemnizar”.

La evolución de la expropiación sin indemnización por razones de equidad descansa sobre las siguientes conclusiones, que es menester destacar. En primer lugar, no existe claridad en cuanto al origen de esta figura en la reforma constitucional de 1936. En efecto, las actas del Congreso de la República en donde consta el trámite y discusión del Acto Legislativo N° 1 de 1936, no ponen en evidencia los fundamentos ideológicos o históricos en los que se basa esta particular modalidad de la potestad expropiatoria. En segundo término, durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 sólo en pocas ocasiones se hizo uso de la expropiación sin indemnización: (1) en la Ley 1ª de 1972; y, (2) en la Ley 9ª de 1989. Sólo la primera de las dos normas dio lugar a un pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que interpretó la figura en el sentido de considerar que, en estos eventos, los perjuicios causados al particular afectado resultaban compensados, de alguna forma, con el destino que se daba a los bienes expropiados. Esta interpretación acogía un criterio tradicional expuesto por la doctrina, muy seguramente influenciada por la redacción del Acto Legislativo N° 6 de 1905, antes transcrito. Por último, la Asamblea Nacional Constituyente decidió que la expropiación sin indemnización por motivos de equidad debía quedar plasmada en la Carta Política de 1991, sin modificación alguna, salvo la consagración de la inmunidad judicial para las razones de equidad alegadas.

3. Es evidente que el repertorio de garantías - principio de legalidad, compensación y defensa judicial -, dispuesto por el Tratado, se ajusta al esquema ordinario de la expropiación contenido en la Constitución que, en lo sustancial, descansa sobre un sistema análogo de protección. Las precisiones que se hacen en el convenio, en relación con cada una de las salvaguardias mencionadas, son compatibles con dicho régimen expropiatorio.

En efecto, la exigencia de que la declaración del legislador atinente a los motivos de interés social o de utilidad pública, no tenga carácter discriminatorio, es asimismo reclamada por la Constitución que impone a los órganos del Estado el deber de observar el principio de igualdad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (C.P., artículos 13 y 209), el que sería desatendido si se incurriese en una discriminación.

La compensación pronta, adecuada y efectiva, postulada en el Tratado, no riñe con la Constitución que establece como derecho del titular del bien a expropiar y requisito sine qua non de la expropiación, la indemnización previa. Precisamente, por tratarse de un derecho constitucional este debe ser efectivamente protegido (C.P., artículo 2°), lo que pretende hacerse a través del Tratado al disponerse que se tome en consideración su valor genuino y que su monto expresado en divisas, dado el origen de la inversión, sea libremente transferible al exterior. De otro lado, el Tratado no se opone a que se consulten los intereses de la comunidad a la hora de fijar la indemnización expropiatoria, pues, de una parte, el valor genuino de la inversión admite varios sistemas de evaluación, en los que es posible reflejar de manera equilibrada las legítimas aspiraciones de las partes concernidas y, de otra parte, en caso de dificultades excepcionales de balanza de pagos, la repatriación de inversiones, se limita al treinta y tres y un tercio por ciento anual.

La revisión judicial de la actuación expropiatoria, se aviene a la Constitución que, por regla general, condiciona la expropiación a la obligada intervención de un Juez y al agotamiento del respectivo proceso. Tratándose de la expropiación por la vía administrativa, la expropiación y la fijación del precio, se sujeta a la posterior acción contenciosa administrativa.

4. Visto que el Tratado, en modo alguno, vulnera el esquema ordinario del régimen constitucional aplicable a la expropiación, es menester determinar si el mismo, en cuanto excluye la hipótesis excepcional del no pago de indemnización cuando median razones de

equidad invocadas por el Legislador, viola el último inciso del artículo 58 de la Constitución Política.

El Tratado impone la regla de la indemnización adecuada como condición de validez de la expropiación, lo mismo que la revisión judicial, entre otros aspectos, de la existencia concreta de los motivos de utilidad pública e interés social alegados. De otro lado, la disposición del inciso 4° del artículo 58 de la Carta, es una norma de competencia en virtud de la cual se definen las condiciones y los requisitos de validez de la figura de la expropiación, sin los cuales no es posible realizar su finalidad ni tampoco discernir sus contornos. La regla del Tratado, en el fondo, reproduce los elementos que según la Carta constituyen la función expropiatoria confiada a ciertos órganos del Estado que, con base en el modelo trazado en aquélla, ejercitan sus competencias.

Pese a la identidad anotada, podría equivocadamente pensarse que esta parte del Tratado viola el inciso 5° del artículo 58 de la Constitución Política que autoriza la expropiación sin indemnización, cuando así lo determine el Legislador por razones de equidad y mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

Nadie puede coherentemente sostener que la norma del Tratado se ajusta al concepto de expropiación plasmado en el inciso 4° de la Constitución y, al mismo tiempo, denunciar que vulnera la norma contenida en el inciso siguiente que prohíba una forma de expropiación sin indemnización ni examen judicial sobre su motivación, sin tener que admitir que la Carta encierra una flagrante contradicción. Deberá verificarse si, en efecto, se da la aludida antinomia y, en ese caso, entrar a precisar si es posible reducirla o eliminarla.

No parece que la norma del último inciso del artículo 58 del Estatuto Superior, sea de naturaleza constitutiva, pues parte de la previa definición de la expropiación contenida en el inciso precedente y, de manera específica, se ocupa en dicho contexto de habilitar al Legislador para determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización. Lo que ciertamente se descubre en el precepto constitucional es una norma permisiva que autoriza positivamente al Legislador para optar en determinados eventos por imponer una expropiación sin indemnización. Si la Constitución no hubiese previsto expresamente la expropiación sin indemnización, es claro que no podría ésta nunca verificarse; pero, la facultad concedida al Legislador, indica que esta modalidad no está prohibida, de modo que

aunque no sea obligatorio decidirse por ella, puede aquél órgano ordenarla o abstenerse de hacerlo.

Entre las dos disposiciones constitucionales no se observa que exista un conflicto irresoluble. Si bien las dos normas pertenecen a la Constitución, su estructura y funciones son diferentes, como que la primera instituye una competencia y delimita en su esencia el concepto constitucional de expropiación, al paso que la segunda concede al Legislador a través de una regla permisiva una cierta libertad de acción en determinados casos que, por esta razón, eventualmente se sustraen excepcionalmente del régimen general en punto al pago de la indemnización y a la revisión judicial de los motivos de la medida.

Dado que el Tratado en cuanto refleja el régimen general de la expropiación, no puede ser tachado de inconstitucional, cabe preguntarse si no obstante podrá el mismo ser objeto de censura por el hecho de excluir, así sea implícitamente, la eventualidad de expropiaciones sin indemnización e inmunizadas frente a todo control judicial sobre su motivación. La respuesta sería positiva si la especie de las expropiaciones sin indemnización, correspondiera a un suero de ejercicio forzoso de la competencia legislativa. Sin embargo, lejos de entrañar una orden, la disposición del último inciso del artículo 58 de la Constitución Política, representa una norma permisiva, que puede o no ser ejercida. Por consiguiente, la mera abstención del Legislador no puede interpretarse como incumplimiento de la mencionada disposición.

Con todo, es posible que la objeción se centre en la aparente renuncia genérica a una facultad de origen constitucional en relación con las inversiones provenientes de un determinado Estado. En realidad es de la esencia de una permisión normativa, acotar para su titular una zona de libertad de acción; lo contrario, equivaldría a operar una metamorfosis, convirtiendo el permiso en mandato o prohibición, lo que no es del caso. Por lo demás, el ejercicio de una competencia discrecional, no es incompatible con un criterio de razonabilidad que module su empleo, extremo sobre el cual en lo que tiene que ver con las relaciones internacionales, son el Gobierno y el Legislador los órganos que tienen más elementos para apreciar y ponderar los factores en juego y que necesariamente han de intervenir en la fijación del interés nacional. En este sentido, se advierte que si dicho interés se sirve con el estímulo a la inversión extranjera, resulta contraindicado hacer uso de una facultad otorgada por la Carta en la dirección que seguramente generará desdén cuando no

abierto rechazo, máxime si obrar de ese modo no está prescrito como mandato constitucional y, tampoco, no hacerlo, significa inobservar una prohibición.

Es claro que ni siquiera en tratándose de facultades potestativas, puede mediante ley decretarse un hiato con respecto a su ejercicio. No es el caso del Tratado que se revisa. La función expropiatoria, a diferencia de otras, admite, por lo menos, dos formas de realización, ambas legítimas. Situar una serie de casos dentro del régimen general y ordinario, lo que correlativamente equivale a abstenerse de aplicar la disciplina excepcional, no puede interpretarse como abjuración de una competencia; por el contrario, allí se revela el proceso de decisión que lleva al Legislador a adoptar entre las alternativas posibles, igualmente válidas, la que a su juicio resulta más conveniente, con lo cual se coloca bajo el amparo de la norma constitucional permisiva. De otra parte, la garantía que extiende el Tratado cubre solamente el “valor genuino de la inversión”, de modo que aún si se interpretara el último inciso del artículo 58 de la Constitución, en el sentido de que ante las razones de equidad sucumbe inexorablemente la pretensión indemnizatoria, este efecto no se podría predicar de aquéllas, como quiera que por definición su contenido patrimonial obedece a la inversión misma y no a las plusvalías originadas en la acción estatal y que como “externalidades positivas” comprobadas hayan podido incrementar su valor o sea presumible que lo hagan.

Aunque, desde otro punto de vista, el Tratado inhiba al Congreso para adoptar medidas expropiatorias carentes de indemnización en relación con las inversiones protegidas, durante su vigencia, esta consecuencia per se no puede conducir a la declaratoria de inexecutable. En primer término, el efecto temporalmente inhibitorio es fruto del ejercicio legítimo de las atribuciones del Congreso. La abstención en este caso no es distinta de la que surge de la aprobación y ratificación de cualquier Tratado que impone al Estado, en el plano internacional, deberes y obligaciones, como contrapartida a los derechos que adquiere. En últimas, la conducta señalada se deriva del deber de cumplimiento de los tratados - *pacta sunt servanda* -, que constituye un principio de derecho internacional aceptado por Colombia (C.P., artículo 9°). No sobra agregar que los compromisos internacionales, independientemente de su contenido, se imputan al Estado colombiano y trascienden el período de los miembros del Congreso o el de los titulares episódicos del Gobierno. Los tratados comprometen y en cierta medida restringen la libertad de los órganos del Estado, por lo menos en lo que significa tomar decisiones que afectan o pueden alterar el cumplimiento leal y estricto de las obligaciones asumidas, sin las cuales, resulta ocioso

decirlo, tampoco se podrá pensar en adquirir derechos en la esfera internacional y será imposible insertarse en el mundo.

Una errónea interpretación del concepto de equidad contenido en el inciso 5° del artículo 58 de la Constitución

5. En opinión de los suscritos magistrados disidentes, la Corte incurrió en un grave yerro en punto al sentido y alcance que otorgó a la noción de equidad contenida en el inciso 5° del artículo 58 de la Carta Política. Sobre este asunto, la sentencia de la cual discrepamos establece:

“Pudiera argüirse que la cláusula es válida, puesto que el legislador está sólo facultado (mas no obligado) a determinar los casos en que, por motivos de equidad, puede haber expropiación sin indemnización, y precisamente a lo que lo compromete el Convenio es a no ejercitar dicha potestad en ese caso (el de las inversiones británicas en Colombia).

Empero, contra ese argumento caben dos reparos: 1) Aun cuando aparentemente la renuncia se refiere a un caso (el de los inversionistas británicos), no es esa en realidad la situación. Porque las inversiones de los nacionales británicos o de las compañías británicas no constituyen un caso sino una categoría de casos y, por tanto, el legislador no está haciendo uso de la potestad de abstenerse en un caso concreto, a posteriori, de determinar si procede o no la expropiación sin indemnización, sino renunciando, por vía de disposición general, a juzgar, en todos los casos de inversionistas británicos, si procede o no la indemnización, por razones de equidad. 2) Y es que la referencia a la equidad implica, sin duda, la obligación, a cargo del legislador, de evaluar cada uno de los eventos en que proceda la expropiación, para determinar si, conforme a la equidad, procede o no la indemnización. Porque, en armonía con la elaboración aristotélica, la equidad no es otra cosa que el juicio que se formula, según las reglas de la justicia, sobre un caso concreto, con el objeto de determinar la solución que para él resulta adecuada.

(...)

Es que obligarse, a priori, el legislador a cerrar los ojos y abstenerse de juzgar si resulta o no equitativa la expropiación en ciertos casos, con el objeto de hacer más provocativas las inversiones extranjeras, en detrimento de los inversionistas nacionales y de los extranjeros

distintos a los expresamente favorecidos, es algo que mal puede avenirse con la filosofía de una Carta que desde su artículo 2 asigna, como fin esencial de las autoridades de la República, el de “...asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Subraya la Corte).” (negrilla fuera de texto)

En suma, según la posición mayoritaria, el concepto de equidad plasmado en la Constitución en materia de expropiación sin indemnización es asimilable, sin más, a la noción aristotélica de equidad, en el sentido de establecer que ésta determina la obligación en cabeza del Legislador “de evaluar cada uno de los eventos en que proceda la expropiación para determinar si, conforme a la equidad, procede o no la indemnización”.

“Por el contrario, numerosos argumentos militan a favor de la acción de in rem verso. Es necesario obligar al enriquecido a restituir lo que haya adquirido cuando tal enriquecimiento sea sin causa. Necesidad moral: la acción de in rem verso enriquece el derecho al moralizarlo. Necesidad social: hay que suprimir las injusticias o, al menos, atenuarlas; el derecho no debe consagrar la injusticia protegiendo al enriquecido; no debe inclinarse ante el hecho consumado; su papel consiste en rectificar, en corregir; debe restablecer el equilibrio roto entre los patrimonios³”.

Por su parte, la significación y alcance que la posición mayoritaria atribuye al concepto de equidad contemplado por el inciso 5° del artículo 58 de la Carta, esto es, la equidad en su acepción aristotélica, sólo es aplicable a la actividad que llevan a cabo los jueces y administradores, a quienes corresponde la aplicación del tenor general de la ley a los casos y eventos particulares. En esta operación, los aplicadores de la ley deben proceder con criterio de equidad, adaptando los postulados legales a las particularidades de cada caso concreto. De esta forma, es necesario concluir que todos los poderes públicos operan de conformidad con los postulados de la equidad, pero que este criterio tiene un contenido y una proyección diferentes según se trate del Legislador o de los administradores y jueces. El error en que incurre la sentencia de la cual nos apartamos consiste en haber otorgado a la noción de equidad, en materia de expropiación sin indemnización – ámbito de clara configuración por parte del Legislador -, el sentido y alcance que este concepto ostenta dentro del ámbito de operación de jueces y administradores.

La consecuencia de este error no es de poca monta, como quiera que implica que el acto por

medio del cual el Legislador decreta una expropiación sin indemnización por motivos de equidad, adquiere unas características sui generis que determinan la imposibilidad de asimilarlo a una ley en sentido material. En efecto, según la tesis prolijada por la posición mayoritaria en el asunto de la referencia, en caso de ejercer la facultad que le otorga el inciso 5° del artículo 58 de la Constitución, el Legislador debe evaluar las particularidades de cada caso con el fin de determinar si, en ese caso preciso, es menester consagrar una expropiación sin indemnización para proceder a decretarla. Por esta vía, un acto que debe tener características de ley, tanto formales como materiales, pierde el último de estos aspectos, como quiera que, en lugar de ser un acto general y abstracto (una ley en sentido material) se convierte en un acto de índole particular y concreta.

A juicio de los suscritos magistrados disidentes, esta mutación en la naturaleza del acto por medio del cual el Legislador decreta una expropiación sin indemnización, no sólo no tiene asidero constitucional alguno sino que, además, atenta contra las garantías que deben rodear al derecho de propiedad frente a la potestad expropiatoria. En efecto, el régimen exceptivo de la expropiación, contenido en el inciso 5° del artículo 58 de la Carta, sólo difiere del régimen general, plasmado en el inciso 4° del mismo artículo, en que, por existir razones de equidad, no hay lugar al pago de una indemnización. En lo restante, esta especial forma de ejercicio de la potestad expropiatoria se encuentra sometida a las mismas garantías a que se somete el régimen general y, en particular, a la participación de los tres poderes públicos en el acto expropiatorio. La interpretación que propone el fallo del cual disentimos hace nugatorio el papel que corresponde desempeñar al Ejecutivo en este proceso, consistente en precisar la causa expropriandi - formulada en términos generales por el Legislador - a través de la determinación de los bienes particulares y concretos que serán objeto de la expropiación. Según la posición mayoritaria, en el caso de expropiaciones sin indemnización por razones de equidad, esta labor de individualización de los bienes que se expropián es realizada por el Legislador, quien desplaza al Ejecutivo, asumiendo las funciones que a éste corresponde desempeñar en el iter expropiatorio.

Por otra parte, el principio democrático en que se funda la integridad del texto constitucional, determina una regla general en materia de actuación del Legislador: éste ejerce sus competencias a través de la expedición de leyes en sentido formal y material. En caso de ser posible que el Legislador manifestara su voluntad a través de actos distintos a leyes - hipótesis de carácter claramente excepcional -, la Constitución autorizaría tal posibilidad de

manera explícita. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad expropiatoria (ordinaria y exceptiva) se sitúa dentro de la regla general antes anotada, como quiera que en el texto constitucional no existe norma alguna de la que pudiera concluirse – así fuere de manera implícita – que las expropiaciones son decretadas por el Legislador a través de actos sui generis distintos a leyes ordinarias.

Una errónea utilización del artículo 21-2 del Pacto de San José como criterio argumentativo

6. En opinión de los suscritos magistrados, el fallo del cual disentimos hace una utilización errónea de las disposiciones del artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica por tres razones: (1) interpreta en forma equivocada la expresión “indemnización justa” contenida en la mencionada norma; (2) desconoce la jurisprudencia anterior de la Corte en cuanto a la inclusión del derecho de propiedad en el bloque de constitucionalidad; y, (3) determina unos parámetros especiales de control de constitucionalidad, ajenos a la Carta, en materia de revisión de tratados internacionales.

6.1. En el fallo adoptado por la Sala Plena de la Corporación, como decisión definitiva en el proceso de la referencia, puede leerse:

“De otra parte, se aduce que el artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica, vinculante para Colombia, establece claramente la obligación de compensar la expropiación mediante el pago de una indemnización justa, en los siguientes términos: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Sobre el punto, son pertinentes algunas reflexiones.

Si la obligación que se desprende del artículo citado consiste en pagar una indemnización justa, a cambio de la expropiación, es preciso anotar que la justicia de la indemnización condiciona, sin duda, la existencia del deber. Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá

recibir 50, pero, por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa. y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia), la indemnización no procede.

(...)

No hay, pues, incongruencia alguna entre lo que dispone el Pacto de San José y lo que establece el artículo 58 de la Constitución en su inciso 6, salvo que este último autoriza al legislador a evaluar, por mayoría calificada, en cada caso concreto, qué es lo equitativo”.

A juicio de los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto, esta interpretación del término “justa indemnización”, contenido en el artículo 21-2 del Pacto de San José, desconoce, de manera flagrante, los principios de derecho internacional y la evolución de la jurisprudencia y la doctrina internacionales en materia de expropiación.

6.1.1. En primer lugar, la hipótesis consagrada en la sentencia de la que nos apartamos, según la cual el Pacto de San José admite la posibilidad de que en ocasiones no haya lugar al pago de una indemnización, especialmente cuando “el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo”, como quiera que ésta “no resultaría justa”, contraviene el principio de derecho internacional consuetudinario que exige el pago de una indemnización para toda expropiación de bienes o inversiones de extranjeros que lleve a cabo un determinado Estado.

En efecto, uno de los terrenos más debatidos y movedizos del derecho internacional público contemporáneo es aquel que se relaciona con el tratamiento, protección y garantía de las inversiones internacionales. A pesar de la falta de acuerdo en torno a la mayoría de los temas que conforman este ámbito del derecho internacional, es posible establecer una serie de principios sobre los que sí existe un consenso que determina que deban ser considerados como principios de derecho internacional consuetudinario, obligatorios para cualquier Estado, independientemente de su consagración en cualquier clase de instrumento de naturaleza convencional. El más importante de estos principios, sobre el cual se ha edificado la entera construcción doctrinal y jurisprudencial en materia de expropiación, es aquel que exige, como condición sine qua non de la licitud de cualquier expropiación, el pago de una indemnización como contraprestación al acto de desposesión. Desde la perspectiva del

derecho internacional, el no pago de la mencionada indemnización determina que la expropiación se transforme, ipso facto, en una confiscación, considerada como un acto ilícito que compromete, en forma automática, la responsabilidad internacional del Estado que la lleve a la práctica.

Con el fin de ilustrar el aserto antes planteado, es necesario presentar brevemente la evolución y contenido del derecho internacional sobre esta materia, a fin de destacar la dificultad conceptual que allí se presenta. De este modo, puede surgir con claridad la conclusión según la cual la Corte, en la sentencia de la que los suscritos magistrados nos apartamos, adoptó una interpretación y una posición completamente inaceptables desde el punto de vista de los principios de derecho internacional a los cuales se encuentra vinculado el Estado colombiano, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9° de la Carta Política.

El derecho internacional público reconoce el derecho soberano de todo Estado de adoptar medidas dirigidas a la expropiación o la nacionalización de inversiones establecidas por nacionales de otros Estados. Sin embargo, el ordenamiento jurídico internacional condiciona la licitud y validez de tales medidas a determinadas condiciones. Como mínimo exige el pago de una indemnización al inversionista desposeído y, como máximo, se han estipulado cuatro condiciones adicionales: (1) el carácter no discriminatorio de las medidas; (2) su fundamento en motivos de utilidad pública; (3) el respeto de los procedimientos legales de derecho interno; (4) el respeto de obligaciones específicas contraídas entre el Estado que adopta las medidas y los inversionistas afectados.

En relación con las condiciones de licitud de las expropiaciones y nacionalizaciones, el derecho internacional se enfrenta a un problema consistente en el alcance que debe otorgarse a sus fuentes y a su contenido. En efecto, en la actualidad existen al menos tres expresiones del derecho internacional general de la expropiación: (1) la posición de los países exportadores de capitales; (2) la Resolución 1803 (XVII) (1962) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales"; (3) la Resolución 3281 (XXIX) (1974) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados".

La posición de los Estados exportadores de capital - que éstos consideran como la expresión del derecho internacional general sobre la materia - reconoce abiertamente el derecho

soberano de todo Estado de decretar medidas de expropiación o de nacionalización de las inversiones que, en su territorio, posean los nacionales de otros países. Sin embargo, estas medidas deben quedar sometidas a las siguientes condiciones: (1) las medidas no pueden ser discriminatorias; (2) las medidas deben estar motivadas por la utilidad pública; (3) las medidas deben estar acompañadas por una indemnización justa. El bloque de Estados que sostiene esta posición entiende por “indemnización justa” aquella que es “adecuada, pronta y efectiva”, dentro de lo que se conoce como Hull formula⁴.

En relación con la indemnización pronta (prompt), la práctica internacional ha demostrado que los Estados que adoptan medidas de desposesión suelen posponer el pago de las indemnizaciones respectivas. Sin embargo, el período dentro del cual debe ser pagada la compensación es flexible. El Estado debe pagar sin demoras indebidas, término que depende y debe ser determinado a la luz de las circunstancias y, en particular, teniendo en cuenta la capacidad de pago del Estado expropiador. Si la indemnización no es pagada prontamente, en principio se deberán intereses desde el momento de la expropiación hasta el pago efectivo. Que la compensación sea efectiva (effective) implica, en general, que el pago debe hacerse en divisas libremente negociables y exportables. Una indemnización pagada en bonos gubernamentales, que no puedan ser exportados, se considera inadecuada. El sentido que debe otorgarse al término apropiada (appropriate), para calificar la indemnización, se discute más adelante.

Por su parte, la Resolución 1803 (XVII) del 18 de diciembre de 1962, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su párrafo 4^o, reafirma el derecho de todo Estado de adoptar medidas de desposesión. Sin embargo, agrega un elemento nuevo que consiste en calificar esa soberanía de “permanente”, lo cual significa que, en ningún caso, el Estado puede alienar su capacidad jurídica de escoger su sistema económico y, conforme a ello, de modificar las formas de explotación de sus recursos naturales. En esta Resolución no aparece mencionado el principio de no-discriminación, pero sí consagra el derecho del propietario desposeído a recibir una indemnización apropiada cuya determinación se hará de conformidad con el derecho interno del Estado que expropia y el derecho internacional. Esta referencia al derecho internacional, constituye un rechazo al principio de tratamiento nacional y, por ello, hay quienes han considerado que el contenido del término “apropiada” es el mismo de la Hull formula antes mencionada.

Por último, la Resolución 3281 (XXIX), del 12 de diciembre de 1974, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 2-26 recaba sobre el derecho de los Estados a expropiar o nacionalizar bienes de extranjeros, pero extiende la noción de “soberanía permanente” al conjunto de todas las actividades económicas (artículo 2-1). En esta Resolución, las condiciones de no-discriminación y de sujeción a la utilidad pública desaparecen y la cuestión relativa a la indemnización queda sometida a condiciones más ambiguas: “debería” pagarse una indemnización “adecuada”, “teniendo en cuenta” las normas internas del Estado que adopta las medidas y las circunstancias que éste juzgue pertinentes. Toda referencia al derecho internacional desaparece, así como la mención a los acuerdos de inversión entre los Estados y los inversionistas extranjeros.

Sin embargo, puede considerarse que la Resolución 1803 (XVII) es la última expresión del consenso jurídico de la comunidad internacional en cuanto a las condiciones a que debe someterse la potestad expropiatoria de los Estados. En efecto, las mayorías mediante las cuales fue adoptada (87 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones), el hecho de que tanto Estados importadores como exportadores de capitales la aprobaran y su contenido determinan que haya sido considerada como la manifestación del derecho internacional general sobre la materia en el momento de su adopción. Esta posición fue posteriormente reconocida en la sentencia arbitral proferida en el Asunto Topco/Calasiatic⁷, en la cual el árbitro único afirmó: “En función de las condiciones de voto antes evocadas que traducen una ‘opinio juris communis’, la Resolución 1803 (XVII) aparece al Tribunal como reflejando el estado del derecho consuetudinario sobre la materia”. No puede afirmarse lo mismo de la Resolución 3281 (XXIX) – adoptada por 104 votos, 16 de los cuales se pronunciaron en contra y 6 se abstuvieron -, a la cual sólo puede atribuírsele un mero valor de *lege ferenda*⁸.

A pesar de las dificultades antes anotadas, la obligación de indemnizar a los extranjeros que pierden la propiedad sobre sus inversiones, en razón de medidas de expropiación o nacionalización, goza de consenso internacional. Este principio, reconocido de vieja data por el derecho de gentes, ha sido reafirmado con fuerza por la jurisprudencia internacional. En particular, la sentencia arbitral pronunciada dentro del Asunto Liamco, afirmó: “En relación con este asunto, es relevante recordar que el ejercicio del derecho de nacionalizar está sujeto al pago de una compensación “. Por otro lado, en el Asunto BP9, el tribunal de arbitramento estableció que las nacionalizaciones efectuadas sin pago de indemnización se convierten en confiscaciones, ilícitas desde el punto de vista del derecho internacional. Sobre

el particular, el árbitro único manifestó: “La expropiación del dominio, derechos e intereses de la BP por parte de Libia violó el derecho internacional público, toda vez que fue llevada a cabo por razones puramente políticas y presenta un carácter arbitrario y discriminatorio (...). El hecho de que no se hubiera hecho ninguna oferta de compensación indica que la expropiación también fue confiscatoria”.

6.1.2. En segundo lugar, el contenido y alcance que la Corte otorga al término “justa indemnización”, consagrado en el artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica, desconoce que, en el derecho internacional de la expropiación, el tema más discutido y debatido y, en consecuencia, sobre el que existe menos claridad y seguridad, es el atinente al monto de la indemnización que un Estado está obligado a pagar a un extranjero en caso de expropiar sus bienes o inversiones. En efecto, no existe acuerdo en torno a la significación que debe otorgarse a los términos “justa”, “apropiada” o “adecuada” con los que suele calificarse a la indemnización para que ésta sea lícita. Sin embargo, si bien no existe un consenso alrededor de la significación de los términos antes anotados, la jurisprudencia y la doctrina internacionales – como pasa a verse – nunca han contemplado, dentro de las diversas interpretaciones, que alguno de los términos con que se califica a la indemnización pueda implicar, en algún evento, el no pago de una contraprestación en razón de la existencia de motivos de equidad. La discusión que se ha presentado en el derecho internacional de la expropiación en relación con el monto de la indemnización parte de la aceptación del principio clave en esta materia, según el cual el requisito esencial de la licitud de un acto de desposesión es el pago de una indemnización.

En relación con la “indemnización adecuada” se han producido dos corrientes de opinión – que toman como base el valor de los bienes expropiados – en torno a la significación del término. Para la primera, el calificativo “adecuada” sería sinónimo de “integral”, lo cual implicaría que la suma a pagar sería equivalente al “valor integral” de las inversiones expropiadas. Para los defensores del segundo punto de vista, el término “adecuada” podría llegar a significar que el monto de la indemnización puede ser inferior al valor integral de una inversión, toda vez que el adjetivo tiene flexibilidad suficiente como para interpretarlo en este sentido. Por ello, se ha dicho que es adecuada la indemnización que posee una relación razonable con el valor del bien expropiado.

Parece admitido (en particular en los países de Common Law) que el valor integral de los

bienes expropiados o nacionalizados es equivalente a su valor comercial o real (market value o fair market value). Las fuentes contemporáneas de derecho internacional parecen determinar que este valor comercial o real es aquel que puede determinarse según métodos objetivos, imparciales y neutros de evaluación, tales como el valor en bolsa - si se trata de una sociedad inscrita -, el valor de reemplazo o el costo actualizado de la inversión, el valor contable, etc. De manera general, estos métodos permiten tomar plena cuenta de la pérdida sufrida, esto es, del daño emergente, pero no de los beneficios esperados, o lucro cesante.

Un sector importante de la doctrina internacional sostiene que, en casos de nacionalización de sectores industriales importantes o de recursos naturales enmarcada en el contexto de programas sociales, sólo será necesaria una compensación parcial para determinar la legalidad de la medida.

La indemnización “justa y equitativa” parece estar fundada - como la indemnización “adecuada” - sobre el valor del daño emergente calculado mediante métodos objetivos de evaluación. En el Asunto *Liamco*, el árbitro único consideró que la sociedad expropiada tenía derecho a una indemnización justa y equitativa correspondiente al valor comercial de los haberes invertidos¹⁰. Esta decisión se inscribe dentro de la regla establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional¹¹, según la cual una indemnización equitativa es aquella que corresponde “al valor que tenía la empresa al momento de la desposesión”.

En cuanto al concepto de “indemnización apropiada” utilizado por las Resoluciones 1803 (XVII) y 3281 (XXIX), un sector de la doctrina afirma que se basa en el principio general de enriquecimiento sin causa, único principio aplicable a las cuestiones de expropiación y nacionalización de inversiones extranjeras. En este orden de ideas, la indemnización debería ser fijada de conformidad con el monto en que se enriquece el Estado expropiador con relación al Estado que sufre las medidas, o en relación al empobrecimiento de este último. Para evaluar estos montos deberían tenerse en cuenta los siguientes elementos: la capacidad de pago del Estado expropiador, la duración de la inversión, la repatriación de los fondos hacia el Estado afectado en relación al monto del aporte inicial, los beneficios “excesivos” obtenidos, la contribución de la inversión al desarrollo económico del país, la política de reinversión practicada, el enriquecimiento producido en razón de una situación colonial, etc. El empleo de estos elementos podría conducir, según el caso, a la evaluación de indemnizaciones próximas al valor de la inversión o, por el contrario, nulas.

6.1.3. De la evolución antes descrita del derecho internacional económico en materia de expropiaciones y nacionalizaciones, se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, la comunidad internacional no discute el derecho soberano de todo Estado de expropiar y nacionalizar los bienes e inversiones de extranjeros, siempre y cuando esta potestad se sujete a determinadas condiciones que determinan la licitud de las medidas de desposesión. En este orden de ideas, la jurisprudencia y la doctrina internacionales han establecido que la expropiación y la nacionalización de inversiones extranjeras se ajusta a derecho si: (1) el Estado expropiante paga una indemnización justa como contraprestación a las medidas que adopta; (2) la expropiación se hace por razones de utilidad pública; y, (3) las medidas no son ni arbitrarias ni discriminatorias.

Sin embargo, la única de estas condiciones sobre la que existe un consenso absoluto es aquella que se relaciona con el pago de una indemnización justa. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina internacionales no dudan en afirmar que sin el pago de una indemnización, las medidas de expropiación se convierten, pura y simplemente, en una confiscación, acto ilícito en el ámbito del derecho internacional que compromete, automáticamente, la responsabilidad del Estado que lo lleva a cabo. Es así como el pago de una indemnización justa, como condición sine qua non de la licitud del ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de los Estados, puede considerarse sin vacilaciones como un principio de derecho internacional consuetudinario, vinculante para cualquier Estado, independientemente de su inclusión en instrumentos de carácter convencional.

La segunda conclusión que se deriva con claridad del estado actual del derecho internacional de la expropiación y la nacionalización es la falta de consenso existente en torno al monto que debe otorgarse a la indemnización. Es así como las distintas fuentes – particularmente las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los laudos arbitrales – se refieren a ese monto mediante adjetivos diversos tales como “justa”, “adecuada”, “apropiada”, “adecuada, pronta y efectiva”, etc., los cuales son interpretados de manera heterogénea de acuerdo a los intereses que se encuentran en juego en cada caso particular. Por este motivo, ha sido necesario el recurso a las convenciones bilaterales de promoción y protección de inversiones internacionales, cuyo propósito esencial es la fijación de una serie de normas que no dejen lugar a dudas en cuanto a las reglas aplicables en caso de que uno de los Estados parte haga uso de su potestad expropiatoria frente a las inversiones de la contraparte constituidas en su territorio.

6.2. A juicio de los suscritos magistrados disidentes, las reflexiones contenidas en la sentencia de la cual discrepamos, en torno al alcance del artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica, implican un desconocimiento de la jurisprudencia anterior de la Corte en relación con el contenido del bloque de constitucionalidad.

En efecto, la posición mayoritaria decidió utilizar el artículo 21-2 del Pacto de San José, a través de la interpretación que antes se mencionó, como uno de los argumentos determinantes para declarar la inexecutable del artículo 6° del Tratado sometido a la revisión de la Corporación. Lo anterior supone que, de manera implícita, la Corte incluyó en el bloque de constitucionalidad (la utilización de una norma contenida en un pacto internacional de derechos humanos como parámetro para efectuar la revisión de otra norma sometida al control de la Corte equivale a ello) el derecho de propiedad el que, hasta la fecha, había sido excluido de ese bloque por considerar que no cumplía con los requisitos que el artículo 93 de la Carta exige para la prevalencia de los derechos contenidos en tratados de derechos humanos ratificados por Colombia¹².

Por otra parte, una correcta comprensión e interpretación del artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica habría conducido, en forma contraria a lo decidido por la Corporación, a la exequibilidad del artículo 6° del Tratado, toda vez que, como ya se vio, desde la perspectiva del derecho internacional, la licitud de cualquier medida expropiatoria está condicionada al pago de una indemnización que, en los términos del Pacto de San José, debe ser “justa”. En todo caso, la procedencia de este argumento estaba supeditada a la previa justificación del cambio de jurisprudencia que implicaba la inclusión del derecho de propiedad en el bloque de constitucionalidad.

6.3. En la sentencia de la cual los suscritos magistrados nos permitimos disentir, puede leerse:

“Pero, aún aceptando, sólo en gracia de discusión, que el artículo 58 (inciso 6) contradice lo dispuesto en el Pacto de San José, tal circunstancia no purgaría el vicio de inconstitucionalidad advertido en el artículo 6 del Convenio, en la parte que se ha venido analizando. (...).

Por eso, no resulta admisible el argumento que lleva a comparar el Tratado revisado con otro instrumento de la misma naturaleza, pues aunque entre ambos existiera contradicción, la

Corte Constitucional no está llamada a resolverla, fallando a favor de uno de los dos tratados, sino a definir si el que actualmente está sometido a su consideración transgrede o no la Carta Política”.

En opinión de quienes suscribimos el presente salvamento de voto, el argumento consignado en el aparte antes transcrito desconoce las disposiciones del artículo 93 de la Constitución. En efecto, en materia de control constitucional de los tratados internacionales las normas de orden superior que sirven para efectuar la revisión del instrumento de derecho internacional de que se trate no varían en relación con el control que la Corte efectúa de las normas de otra naturaleza. En especial, la propia Corporación tiene establecido, dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad, que, junto a las normas propiamente constitucionales, deben considerarse las normas de derechos humanos consagradas en pactos y tratados internacionales ratificados por Colombia que, en virtud del artículo 93 de la Carta, prevalecen en el orden interno, como un parámetro adicional para efectuar el control de las normas sometidas al conocimiento de la Corte. Las normas de derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad, por tratarse de disposiciones de jus cogens, prevalecen sobre las normas de derecho internacional convencional, como sería el caso del Tratado que, en el presente caso, estaba sometido a la revisión de la Corte. De este modo, debe afirmarse que un Tratado internacional sí puede ser comparado con otro, si éste forma parte del bloque de constitucionalidad de que trata el artículo 93 del Estatuto Superior. En este orden de ideas, si lo que la Corporación deseaba era rechazar la aplicación del artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica al caso concreto, hubiera bastado con traer a colación la jurisprudencia anterior que negaba la inclusión del derecho de propiedad en el bloque de constitucionalidad.

Una errónea interpretación del esquema de protección judicial plasmado en el Tratado y de los mecanismos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI-

A nuestro juicio, el argumento anterior implica, por una parte, una “errónea interpretación” del artículo 6° del Tratado y, por otro lado, un desconocimiento del sistema de protección judicial plasmado en el artículo 9° del Acuerdo. El aparte pertinente del mencionado artículo 6° dispone:

“El nacional o compañía afectado tendrá derecho, de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en los párrafos (1) y (2) de este artículo” (negrilla fuera de texto).

En ninguna parte del artículo cuya inconstitucionalidad se predica en la sentencia, se indica que los motivos de utilidad pública y las razones de equidad serán susceptibles de control judicial. Por el contrario, el artículo es explícito al determinar que la revisión por parte de las autoridades judiciales se hará “de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente”. Esto implica que, en el caso colombiano, la mencionada revisión judicial se hace de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes respectivas. Las únicas condiciones a las que el aparte transcrito del artículo 6° supedita el control judicial a que tienen derecho los inversionistas extranjeros desposeídos serían: (1) que la revisión sea pronta; (2) que la autoridad que lleva a cabo la revisión sea independiente; y, (3) que la inversión sea valorada de acuerdo con los principios establecidos en los numerales (1) y (2) del mismo artículo. En ningún momento se exige, como puede advertirse, que las causas que determinan los actos expropiatorios deban ser sometidas a revisión judicial.

Por otro lado, la interpretación anteriormente planteada tiene asidero adicional en las disposiciones del artículo 9° del Convenio, que establece el régimen de acceso a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI-. Según la Convención de Washington de 1965, por medio de la cual fue creado el Centro antes mencionado y se estableció su régimen procedimental, las partes que la suscriban pueden acordar que la jurisdicción del CIADI quede condicionada al agotamiento previo de las vías judiciales nacionales. La hipótesis anterior fue prevista en el caso del Acuerdo de Inversiones entre Colombia y la Gran Bretaña, toda vez que en su artículo 9° puede leerse:

“No obstante el tenor general de las disposiciones anteriores, el Centro no tendrá jurisdicción si la parte que inicia el procedimiento ha acordado, acuerda en someter, o somete la diferencia a las Cortes o Tribunales Administrativos de la Parte Contratante que es parte en la diferencia”.

En este orden de ideas, es menester concluir que el Convenio, en materia de protección

judicial a los inversionistas internacionales, determina que esta protección sea competencia, en forma primaria, de los tribunales internos y se haga de conformidad con las normas nacionales del Estado que adopta las medidas de desposesión. Lejos de ser inconstitucional en esta materia, el Tratado es particularmente respetuoso con las normas y procedimientos judiciales internos del Estado colombiano.

Una errónea comprensión de las relaciones de igualdad entre nacionales colombianos y extranjeros

8. La posición mayoritaria, plasmada en la sentencia de la que nos apartamos, concluye que el artículo 6° del Tratado consagra una discriminación, violatoria del artículo 13 de la Carta, en los siguientes términos:

“Ahora bien: es indudable que de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

(...)

El argumento según el cual la discriminación en favor de los extranjeros se justifica por estar excluidos del ejercicio y control del poder público, esgrimido por los voceros oficiales en este proceso, no es válido, si se recuerda el diáfano texto del artículo 4° de la Constitución, a cuyo tenor ‘es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades’ (subraya la Corte). Evidentemente, de este principio no están excluidas las reglas del artículo 58 de la Constitución, particularmente las que hacen posible la expropiación sin indemnización por razones de equidad y por determinación del Congreso, sin distingo alguno por razones de nacionalidad, como se deja expuesto.”

A juicio de los magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto, la Corte, en la sentencia de la que disentimos, adoptó una posición excesivamente simplista en torno a las relaciones de igualdad entre nacionales colombianos y extranjeros. En efecto, la Corporación resolvió el punto apelando, única y exclusivamente, al artículo 4° de la Carta, olvidando las

disposiciones del artículo 100 de la misma, en el cual se establece que “los derechos políticos se reservan a los nacionales”. En razón de esta exclusión, los extranjeros no participan en la conformación del Congreso de la República que, como representante supremo de la voluntad popular, es a quien corresponde la definición de aquello que, en un determinado momento histórico, debe ser considerado como interés público y, conforme a esta definición, definir los destinos del Estado. En este orden de ideas, no existe duda alguna que los extranjeros se encuentran en una situación distinta a la de los nacionales colombianos en materia de ejercicio de los derechos políticos, lo cual se traduce en una distinta posición frente al ejercicio y conformación del poder político y a las actuaciones públicas derivadas de una específica concepción del interés general definida por el Legislador. De este modo, los extranjeros carecen de todo tipo de representación y de mecanismos de control frente a aquellos niveles de decisión estatal cuyas actuaciones podrían eventualmente afectarlos.

La expropiación es una de aquellas medidas estatales en donde la decisión de llevarla a cabo depende de valoraciones enteramente políticas, dependientes de una cierta concepción del interés público definida íntegramente por el Legislador. De conformidad con lo anteriormente expuesto, los extranjeros no tienen ningún tipo de participación en la conformación de la decisión de expropiar que adopte el Congreso de la República, en donde carecen de cualquier tipo de representación. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensidad con que deben hacerlo los nacionales colombianos. Una recta comprensión del principio de igualdad (C.P., artículo 13) permitiría, por lo menos, preguntarse si esta diferencia entre extranjeros y nacionales colombianos, en punto al ejercicio de los derechos políticos, ameritaría una diferencia de trato que apuntara a igualar a los dos grupos, en caso de adoptarse medidas estatales de índole política que los afectaran con la misma intensidad.

Esta hipótesis no es ajena al derecho comparado. Sólo piénsese, por ejemplo, en el derecho internacional de los extranjeros, cuya construcción y existencia se basan en el supuesto de que quien está fuera de su país de origen requiere de una especial protección, toda vez que no se encuentra en la misma situación jurídica de los nacionales del Estado en que se encuentra. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido una posición que refleja el sentido de las anteriores reflexiones al manifestar:

La globalización e internacionalización de las relaciones económicas y la inserción de Colombia en los mercados internacionales: hacia una nueva concepción de la soberanía

9. Dentro de este marco de referencia general y ante las condiciones contemporáneas de las economías de los estados, afectadas desde finales de la década de los años setenta por el repentino encarecimiento de los productos energéticos, por el correspondiente incremento de la productividad del trabajo en las economías desarrolladas con la robotización y el desarrollo de nuevas tecnologías de automatización de una parte, y por el incremento de la deuda de los países productores de materias primas, así como por su ruina definitiva de otra, y condicionadas por la aparición de nuevos fenómenos económicos en la década de los ochenta, en esta oportunidad ligados a políticas de ajuste, de austeridad salarial, de restricciones monetarias, de reconversión industrial y de reorientación de las actividades productivas en las economías desarrolladas hacia sectores de máxima rentabilidad del capital, resultaban evidentes para la Asamblea Nacional Constituyente, y aun hoy resultan suficientemente claros, la escasa disponibilidad de capitales para los países del tercer mundo y de economías subdesarrolladas y dependientes, la inestabilidad en los flujos de capital y en los mercados financieros y los altos costos de las nuevas tecnologías prevalecientes e imperantes, y la necesidad de disponer de instituciones jurídicas sólidas y eficaces para atender con efectividad desde la misma Carta Política estas condiciones ciertamente problemáticas.

De igual manera y ante este tipo de consideraciones, presentadas en escueto resumen, el Constituyente de 1991 impuso al Estado, y a sus autoridades competentes, el deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional en los términos del artículo 226 de la Carta Política, lo que supone el deber de adelantar la interpretación constitucional de materias como la que correspondió examinar en este asunto a la Corte, de conformidad con criterios integradores y sistemáticos y atendiendo a la naturaleza de las cosas a las que corresponde el asunto regulado por la disposición legal en cuestión.

10. En desarrollo de lo anterior, la época actual de desarrollo de las economías se caracteriza por una creciente globalización de las relaciones políticas, económicas y sociales a nivel mundial. En el terreno puramente económico, esto se traduce en una tendencia hacia la internacionalización de los sistemas económicos a través de la puesta en práctica de

mecanismos de integración que buscan la creación de regímenes homogéneos en materia comercial, arancelaria, cambiaria, de prestación de servicios, etc., así como la supresión de todas aquellas barreras que pudieran entorpecer una libre circulación de bienes y capitales a nivel transnacional. La desaparición de las fronteras nacionales, para determinados efectos, parece ser, en el largo plazo, un estado de cosas del que los Estados no podrán sustraerse con facilidad. En la actualidad, el proteccionismo económico, que incita a los países a replegarse sobre sí mismos, ignorando los flujos y reflujos del comercio internacional, sólo puede conducir a que los países que lo llevan a cabo se sometan a sí mismos al ostracismo y se conviertan en una especie de parias de la sociedad internacional. En este orden de ideas, la internacionalización de las relaciones económicas se convierte en un hecho necesario para la supervivencia y el desarrollo de los Estados que trasciende las ideologías y los programas políticos.

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 ser entendida como una forma particular de “estar en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica sólo 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 sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.

La Constitución de 1991 no es ajena a los planteamientos anteriores y, por el contrario, adopta una clara decisión política básica a favor de la integración económica del país en los mercados mundiales y la internacionalización de las relaciones económicas del Estado colombiano (C.P., Preámbulo y artículos 9º, 150-16, 226 y 227). A tono con las tendencias

más recientes en materia de integración, la Carta autoriza, incluso, la cesión de atributos y competencias – que en principio pertenecen a los órganos estatales colombianos – a organismos de derecho internacional cuyo objeto consista en promover o consolidar la integración económica con otros Estados (C.P., artículos 150-16 y 227). De hecho, Colombia ya ha suscrito algunos tratados en materia comercial y económica (Acuerdo de Cartagena, G-3 y OMC) que implican una cesión competencial en favor de organismos internacionales que inhibe la posibilidad de que los órganos estatales colombianos adopten decisiones contrarias a las adoptadas por los organismos de integración que se establecen en esos tratados.

Dentro de este contexto de integración e internacionalización económicas, la política de atracción a la inversión extranjera se convierte en uno de sus elementos fundamentales. Incluso los países más reacios a admitir en sus territorios la presencia de capitales internacionales, han debido ceder ante la realidad que implica la necesidad de desarrollarse y crecer económicamente. En efecto, los recursos propios de los Estados en vías de desarrollo son superados con creces por el costo de los proyectos de infraestructura y de inversión necesarios para alcanzar niveles aceptables de crecimiento. La inversión extranjera se convierte, así, en una necesidad inaplazable.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente estableció con suficiente claridad en el artículo 226 de la Carta Política que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, precisamente para efectos de permitir que Colombia pudiese contar con los instrumentos jurídicos idóneos y eficaces para responder a los fenómenos descritos con suficiente propiedad y efectividad políticas y normativas, y empleó, en esta disposición, los términos equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que se subrayan en estas consideraciones para hacer notar su sentido literal y sistemático, que, en nuestra opinión, habilitan al Estado para celebrar tratados públicos en los que se promueva la inversión extranjera en Colombia y de colombianos en el exterior, con base, entre otros, en elementos de juicio específicos relacionados, precisamente, con la escasez, carestía e inestabilidad contemporáneas de capitales y con los retos de la globalización e internacionalización de las economías y fundados en la necesidad de establecer condiciones equitativas para garantizar, entre otros fines, la estabilidad, la continuidad y la seguridad en materia de flujo de capitales e inversiones extranjeras en Colombia.

Esta disposición constitucional habilita para que el órgano constitucionalmente responsable de las relaciones internacionales, claro está, dentro del marco de la Carta Política, adopte las decisiones que estime racional y equitativamente convenientes para la Nación, en todo caso fundadas en juicios de orden político y económico en los que se ponderen, evalúen y examinen los diversos elementos objetivos que componen estas relaciones ante la diversidad de configuraciones que pueden adoptar contemporáneamente y en las que se promueva la mencionada internacionalización de las relaciones económicas y políticas y se eviten soluciones y disposiciones dañinas e inicuas; se trata, precisamente, de asegurar al Estado a través de esta disposición constitucional, la disponibilidad y la legitimidad superiores, así como la validez material de su empleo, del supuesto sustancial del juicio en equidad y de los criterios que lo integran, que en estas condiciones habilitan al Jefe del Estado para definir las reglas generales conforme a las cuales debe formularse, establecerse y resolverse una relación jurídica de contenido político o económico entre estados y entre los súbditos de los estados y para adoptar una decisión como la que se declara inexequible en la que se pretende, por razones de equidad, basadas en la atención justa de la problemática contemporánea de los flujos de capital e inversiones, hacer propicias las condiciones jurídicas para atraer la inversión extranjera dentro de un marco de reglas recíprocas y de conveniencia nacional.

En efecto, por virtud de lo establecido en la mencionada norma constitucional, el examen en equidad y la interpretación sobre bases de equidad de las condiciones de un tipo específico de relaciones políticas o económicas de relevancia normativa entre Colombia y otros estados, no sólo pueden ser precedentes a la decisión de política internacional, sino que, en el caso de la internacionalización de las relaciones a las que se refiere el artículo 226 de la Carta Política y a partir de 1991, la pueden fundamentar externamente y sirven para adoptar una regla recíproca de conveniencia nacional como la de garantizar la indemnización en caso de expropiación de inversiones de súbditos de los estados parte.

Pero, es más, la misma Carta Política emplea los términos “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional” para que en los tratados internacionales en los que se pretenda promover con cierto énfasis propio de la opción inicial del Jefe del Estado, la internacionalización de las relaciones políticas, sociales y económicas también se puedan incorporar previsiones normativas razonables y justas que tengan en cuenta las peculiares, específicas o, aun, especiales condiciones materiales y jurídicas como las descritas, para

garantizar flujos estables, permanentes y ordenados de capitales e inversiones que pueden llegar a faltar a la economía colombiana y que en todo caso la beneficien.

Desde luego, como en este aspecto la Carta Política de 1991 no excluye el examen sustancial y abstracto de constitucionalidad de la disposición de rango legal que se fundamente en dicho tipo de criterios y de juicios, como si lo hace respecto del otro tipo de decisión en equidad que permite al legislador, precisamente en el artículo 58 que se dice violado, correspondería a la Corte Constitucional definir la validez y la conformidad de la disposición del instrumento internacional correspondiente con el resto de disposiciones de la Carta Política para asegurar la supremacía y la integridad de la normatividad constitucional.

Como queda visto, el Constituyente de 1991 de manera expresa y sin duda facultó al Estado colombiano para definir por razones de equidad y en tratados internacionales las reglas específicas para promover entre otros fines las relaciones económicas y políticas con otros estados siempre que se trate de reglas recíprocas y de conveniencia nacional; dentro de estas regulaciones de rango constitucional y por medio de tratados internacionales, bien podía el Estado colombiano comprometerse a no expropiar sin indemnización por razones de equidad determinado grupo o tipo de inversiones extranjeras o las inversiones de los súbditos de otro estado o nación amiga previamente determinados y durante un término, pues en última instancia se trata del ejercicio de la misma competencia de decidir sobre la expropiación con fundamento en razones generales pero cuyo contenido se construye a partir de juicios o criterios de equidad. Sin duda, como corresponde al legislador la definición positiva del ejercicio de la competencia de decretar la mencionada expropiación por razones de equidad por un procedimiento en el que se exige una mayoría calificada para su aprobación, bien puede el mismo legislador aprobar una disposición legal de la categoría de un tratado internacional en la que el Estado por el mismo tipo de razones de equidad se comprometa a no decretarla en un determinado caso o para un determinado grupo de súbditos y durante un término definido en desarrollo de la política del Estado de internacionalizar las relaciones económicas.

Se trata de dos competencias normativas del Estado colombiano que deben ser examinadas de manera tal que no se enerve la voluntad del Constituyente y se permita el ejercicio legítimo de las atribuciones de los poderes constituidos, mucho más, cuando de lo que se trata con su ejercicio es la protección de los derechos de las personas y de su reconocimiento

en tratados internacionales de conveniencia nacional; desde este punto de vista la decisión de la Corte suprime un instrumento probado de ventaja y beneficio para el Estado en el tránsito de las relaciones internacionales y somete a Colombia a un régimen mínimo de maniobra y negociación frente a los capitales y a las potencias extranjeras; así, resulta más dañino no detentar ese instrumento constitucional de política y derecho internacional como resulta de la sentencia, que permitir que Colombia en sus relaciones internacionales se comprometa o no en precisas condiciones negociadas y negociables y en tratados internacionales a no expropiar determinadas inversiones extranjeras sin indemnización.

Según lo antes expuesto, los suscritos magistrados disidentes consideramos que la decisión adoptada por la Corte, en el proceso de la referencia, se convierte en un elemento disuasivo para la presencia de inversiones internacionales en nuestro país que puede llegar a tener una incidencia negativa en el desarrollo y bienestar económico del país. En efecto, la sentencia de la que discrepamos se inscribe dentro de una posición claramente revaluada dentro del derecho internacional, la cual sólo tuvo eco luego de los grandes movimientos de descolonización que se dieron en el mundo en la década de los años sesenta.

La inflexibilidad de la interpretación utilizada por la Corte: hacia la reforma constitucional

11. En su parte final, el fallo del que nos apartamos afirma:

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

En opinión de quienes suscribimos el presente salvamento de voto, si lo que la Corte buscó en el presente caso consistió en impedir la reforma de la Carta por vía de las disposiciones de un tratado internacional, mal cumplió esta finalidad, como quiera que la decisión de inexecutable finalmente adoptada conduce, casi que inexorablemente, a la reforma del artículo 58 de Constitución por vía de un acto legislativo.

Lo anterior se refleja en la vinculación del juez constitucional al principio de razonabilidad, al cual Perelman se ha aproximado de la siguiente forma:

“Vemos así que, en toda materia, lo inaceptable, lo irrazonable constituye un límite a todo formalismo en materia de derecho. Es la razón por la cual la teoría pura del derecho de H. Kelsen no da cuenta de manera suficiente del funcionamiento efectivo del derecho, en la medida en que se esfuerza en separar el derecho del medio en el cual éste funciona y a las reacciones sociales de ese medio. En efecto, la idea de lo irrazonable, vaga pero indispensable, no puede ser precisada independientemente del medio y de lo que este último considera como aceptable. (...). Mientras que las nociones de ‘razón’ y de ‘racionalidad’ están ligadas a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, tales como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo los márgenes permitidos, parece socialmente inaceptable¹⁴”.

El juez constitucional no se halla ligado a una sola respuesta posible en los casos que le corresponde resolver. Por el contrario, existe un haz de posibilidades entre las cuales es menester escoger la más apropiada para un determinado contexto social y un específico momento histórico. La vigencia y eficacia del principio democrático, que sustancia y permea cada una de las instituciones de un Estado social de derecho, depende de que el propio juez constitucional deje siempre abiertas las posibilidades hacia nuevas interpretaciones. La ampliación de la vigencia de la Constitución, a través de la labor interpretativa de quienes tienen como misión la guarda de su integridad y supremacía, no se basa en el descubrimiento de verdades últimas y definitivas sino, por el contrario, en la construcción de verdades aproximativas y tópicas, adaptadas a las necesidades propias de una determinada sociedad y de una época específica. En suma:

“El TC, como ‘Tribunal Constitucional de las alternativas’ (Haeberle) que institucionaliza el camino hacia alternativas posibles y necesarias, supone un principio constitucional de apertura determinante de una visión prospectiva de su función hacia el futuro. Este principio de apertura exige del juez constitucional una ‘vinculación a la razonabilidad’ (Zwang zur Rationalität), como garantía de un proceso democrático estable¹⁵”.

Con el máximo respeto por el fallo adoptado en el presente caso, los suscritos magistrados estimamos que la decisión que allí se plasma contraviene la misión para la cual la Corte fue instituida por la Carta Política, esto es, la conservación de la integridad y supremacía del texto constitucional (C.P., artículo 241), como quiera que la consecuencia inmediata de esta sentencia será, sin lugar a dudas, una reforma del artículo 58 del Estatuto Superior, consistente en la supresión de la figura de la expropiación sin indemnización por razones de equidad, por medio de un acto legislativo. En el presente caso, la propia Corte dictó la sentencia de muerte de una figura constitucional en cuya defensa adoptó la decisión de la que hoy disentimos.

Fecha ut supra,

ANTONIO BARRERA CARBONELL

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

Magistrado

JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Magistrado

1 Iván Marulanda, Angelino Garzón, Guillermo Perry, Tulio Cuevas, Jaime Benítez y Guillermo Guerrero, Informe de Ponencia sobre Propiedad, Gaceta Constitucional, N° 46, abril 15 de 1991, p. 26.

2 Iván Marulanda, Jaime Arias, Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria sobre Propiedad, Gaceta Constitucional, N° 82, mayo 25 de 1991, p. 6.

3 Henri, Léon y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp. 496-497.

4 Esta fórmula es debida al Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, quien, en 1938, en una nota enviada al Gobierno mexicano -que había nacionalizado los campos petroleros de propiedad extranjera-, expresó: "(...) al amparo de cualquier norma legal o de equidad, ningún Gobierno está autorizado para expropiar la propiedad privada, sin

importar el propósito al que ello responda, sin proveer para ello un pago pronto, adecuado y efectivo”.

5 “La Asamblea General, (...). I. Declara lo que sigue: (...). 4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse sobre razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, reconocidos como superiores a los simples intereses particulares o privados, tanto nacionales como extranjeros. En este caso, el propietario recibirá una indemnización adecuada, conforme a las reglas en vigor en el Estado que adopta estas medidas en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con el derecho internacional. En todo caso en donde la cuestión de la indemnización diera lugar a una controversia, las vías de recursos nacionales del Estado que adopta las mencionadas medidas deberán ser agotadas. En todo caso, bajo acuerdo de los estados soberanos y otras partes interesadas, el diferendo debería ser sometido al arbitramento o a un arreglo judicial internacional”.

6 “Cada Estado tiene el derecho: (...) c) De nacionalizar, de expropiar, o de transferir la propiedad de los bienes extranjeros, caso en el cual debería pagar una indemnización adecuada, teniendo en cuenta sus leyes y todas las circunstancias que juzgue pertinentes. En todos los casos en donde la cuestión de la indemnización de lugar a un diferendo, éste será arreglado conforme a la legislación interna del Estado que adopta las medidas de nacionalización y por los tribunales de este Estado, a menos que todos los estados interesados convengan libremente en la búsqueda de otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los estados y conforme al principio de libre escogencia de los medios”.

8 En contra de esta posición se expresa el fallo expedido en el Asunto *Liamco* (*Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, abril 12 de 1977, *Sohbi Mahmassani*, árbitro único), en donde se afirmó que la Resolución 3281 (XXIX) representaba, “la tendencia dominante más reciente de la opinión internacional”.

9 *British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic*, octubre 10 de 1973 y agosto 1° de 1974, *Gunnar Lagergren*, árbitro único.

10 “(...) El Tribunal de Arbitramento considera que la suma solicitada (...) debe ser otorgada a LIAMCO como compensación justa y equitativa por la nacionalización de sus intereses consistentes en planta física y equipos”.

11 Corte Permanente de Justicia Internacional, Asunto relativo a la fábrica de Chorzów (demanda de indemnización) (fondo), Serie A, N° 17 (1928).

12 Cf. Sentencias C-295 de 1993 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y C-270 de 1994 (MP. Hernando Herrera Vergara). Por su parte, las condiciones de prevalencia de los tratados sobre derechos humanos, en virtud del artículo 93 de la Constitución, han sido definidas en las sentencias C-179 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y C-225 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Arrêt James, febrero 21 de 1986, A n° 98, § 63 y Arrêt Lithgow, julio 8 de 1986, A n° 102, § 116.

14 Chaïm Perelman, *Le Raisonnable et le Déraisonnable en Droit*, París, L.G.D.J., 1984, p. 19.

15 Angel Carrasco Perera, "El 'Juicio de Razonabilidad' en la Justicia Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 11, 1984, p. 45.