



Colombia Internacional

ISSN: 0121-5612

colombiainternacional@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

García Orjuela, Carlos

Competencias del Congreso de la República, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano

Colombia Internacional, núm. 61, enero-junio, 2005, pp. 148-161

Universidad de Los Andes

Bogotá, D.C., Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81206110>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# **COMPETENCIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES PROCEDIMIENTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Carlos García Orjuela<sup>1</sup>

recibido 21/10/05, aprobado 01/12/05

Los tratados son instrumentos a través de los cuales los Estados y las Organizaciones Internacionales contraen obligaciones y establecen reglas para desarrollar sus relaciones políticas y comerciales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1-A de la Convención de Viena de 1969, un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. La dogmática define los tratados como una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o más sujetos de derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos en conformidad con las normas del derecho internacional (Reuter 1999: 98) y como un convenio entre Estados u organizaciones internacionales expresado fundamentalmente en el *pacta sunt Servanda* (Solari 1999: 34).

Para determinar cuáles son las normas que rigen la celebración, vigencia y validez de un tratado, es necesario realizar una lectura armónica de lo dispuesto en las Constituciones Nacionales y en el Derecho Internacional. Sobre este último, deberá tenerse en cuenta principalmente lo establecido en la citada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y en la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre

Organizaciones Internacionales. Estas normatividades regulan, entre otros temas, lo pertinente a la celebración y entrada en vigor de los tratados, su observancia, aplicación e interpretación; así como cuestiones relativas a la posibilidad de realizar enmiendas, modificaciones y supuestos fácticos para declarar la nulidad, terminación y suspensión de los tratados.

De forma especial, la Convención de Viena de 1969 regula diversos aspectos sustanciales y procedimentales respecto de los tratados que se celebran entre Estados. Esta normatividad establece cuáles sujetos pueden obligarse internacionalmente a través de este tipo de acuerdos, señalando en el artículo 6° que “todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”. Así mismo, precisa cómo pueden representar las personas a un Estado y qué procedimiento deberán seguir para ello. Sobre éste último punto, pueden identificarse claramente en las normas de la Convención, los pasos que deben surtir para que un tratado se entienda perfeccionado, con carácter vinculante para las partes intervinientes y con fuerza normativa interna.

La Convención prescribe que las personas que representan a un Estado y actúan con plenos poderes<sup>2</sup> podrán intervenir en una etapa previa de negociación, en la cual se fijará el objeto del tratado y se establecerá si existe una voluntad concordante de producir efectos jurídicos a través de ese acuerdo. Una vez culminada esta etapa, las partes procederán a adoptar el texto del tratado,

1 Senador de la República de Colombia. Ponencia presentada al Congreso por el durante los debates sobre el Tratado de Libre Comercio, agosto de 2005.

2 En estos casos éste se adoptará por regla general a través de mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes. (Convención de Viena 1969).

cuestión que deberá realizarse por medio del consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, con excepción de aquellos casos en los cuales el texto haya sido adoptado dentro del marco de una Conferencia Internacional<sup>3</sup>. Posteriormente, el texto del tratado deberá ser autenticado, es decir, será fijado su contenido definitivo, auténtico e inalterable, lo cual, según el artículo 10 de la Convención de Viena de 1969, podrá realizarse a través de un procedimiento que puede ser previsto en el mismo tratado, o en caso de no establecerse éste, a través de la firma “ad referendum” o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto (Convención de Viena 1969). Finalmente, los Estados deberán expresar su ratificación o consentimiento final, momento en el cual el tratado tendrá fuerza normativa interna y obligará internacionalmente a las partes.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución otorga facultades al presidente de la República para surtir estas etapas previas de celebración de tratados o convenios con otros Estados y Entidades de derecho internacional.

El artículo 189-2 dispone que “corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) dirigir las relaciones internacionales, nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o conve-

nios que se someterán a la aprobación del Congreso”. Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 1998, posición reiterada en las sentencias C-363 de 2000, C-962 de 2003 y C533 de 2004, entre otras, la voluntad de celebrar un tratado está expresada en un primer momento en la iniciativa y la negociación por parte del Presidente, quien actúa así en virtud de su investidura como Jefe de Estado y director de las Relaciones Internacionales. Adicionalmente, y como lo expuso en la sentencia C-344 de 1995, esa disposición constitucional otorga al Presidente de la República plena autonomía para decidir cuándo debe entrar en negociaciones respecto de determinados temas de interés para el país, en qué oportunidad debe celebrar el tratado y cuáles deben ser sus términos. Así lo expuso la Corte en esa decisión:

“Es el Presidente de la República, como Jefe del Estado, quien tiene a cargo la conducción de la política internacional y el manejo de las relaciones exteriores, por lo cual, de conformidad con el artículo 189, numeral 2, de la Constitución, es de su competencia la función de celebrar con otros Estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios que se someterán a la posterior aprobación del Congreso y a la revisión de constitucionalidad por parte de esta Corte antes de su perfeccionamiento. La atribución constitucional es exclusiva del Presidente y también lo son las responsabilidades que contrae inter-

<sup>3</sup> En estos casos éste se adoptará por regla general a través de mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes. (Convención de Viena 1969).

namamente por los derroteros que trace en cuanto a las relaciones de Colombia en el plano externo, así como por los compromisos que en virtud de esa política contraiga. De allí resulta que el Presidente de la República deba gozar de plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público. En tal sentido, sería inconstitucional una norma de la ley mediante la cual el Congreso de la República pretendiera interferir en el ámbito de competencia propio del Jefe del Estado, impartándole órdenes para celebrar un cierto tratado o para impedirle que lo haga, o concediéndole autorizaciones que no requiere para tales fines”(1995).

Sin embargo, como puede observarse a partir de la lectura de la disposición Constitucional antes citada, para que el Presidente pueda obligar internacionalmente a Colombia, es necesario que el Congreso apruebe el tratado mediante una ley. Adicionalmente, y como se explicará con más detalle, es necesario que la Corte Constitucional verifique la compatibilidad del tratado con las normas superiores. En este orden de ideas deberá concluirse que el Presidente de la República no podrá ratificar o manifestar el consentimiento de Colombia respecto de un tratado, hasta que no se hayan surtido las etapas previstas en la Constitución. En otras

palabras, el Jefe de Estado no puede hacer uso de las figuras establecidas en los artículos 11 a 17 de la Convención de Viena, hasta que el tratado no sea aprobado por el Congreso, sea sancionada su ley aprobatoria y haya sido analizada su constitucionalidad.

En efecto, de acuerdo con la Convención de Viena, la etapa final por la que pasa un tratado para obligar a un Estado culmina con la presentación del consentimiento por parte de los intervinientes. Los Estados deberán decidir definitivamente si serán parte del tratado, y éste a su vez generará obligaciones y tendrá fuerza jurídica normativa interna. Técnicamente, la Convención de Viena de 1969 establece en el artículo 11, que la expresión del consentimiento de un tratado puede prestarse de la siguiente manera:

“Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido” (1969).

Como se ha señalado, si bien el artículo 189-2 de la Carta faculta al presidente para celebrar tratados, la capacidad para manifestar el consentimiento y obligar internacionalmente a Colombia a través de un tratado depende del trámite de otras etapas. Una de ellas es la aprobación del texto del tratado por parte del congreso, tal y como lo dispone el Art. 150-16 de la Carta Constitucional.

## Competencias del Congreso de la República

El artículo 150-16 Superior señala “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”. Debe destacarse que la Carta no indica un procedimiento especial para el trámite de la ley aprobatoria de un tratado, salvo la exigencia de iniciarlo en el Senado de la República. Por tal razón, en el artículo 204 de la ley 5ª de 1992 se dispuso que aquellos proyectos de ley por medio de los cuales se pretende la aprobación de tratados internacionales, deberán tramitarse por el procedimiento legislativo ordinario o común, atendiendo a las especificidades establecidas por la propia Constitución y con todo, siguiendo el trámite previsto para las leyes ordinarias, reguladas especialmente en los artículos 157, 158, 160 y 165 de la Carta. Dentro de las especificidades propias del trámite de aprobación de un tratado en el Congreso, debe destacarse aquella contenida en el artículo 217 de la ley 5ª de

1992. En ese artículo se dispone que el Congreso de la República podrá presentar propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reservas a un tratado o a un convenio, para aquellos que prevean esta posibilidad<sup>4</sup>. Es decir, que el trámite legislativo de aprobación de un tratado no consiste únicamente en aprobar o improbar de forma general su contenido, sino que el Congreso tiene adicionalmente la posibilidad de aprobar parcialmente un tratado o de formular reservas y declaraciones interpretativas. Tal situación no debe confundirse con la posibilidad de realizar enmiendas al texto de un tratado, lo cual no le está permitido al legislador a la luz de lo dispuesto en el reglamento del Congreso<sup>5</sup>. Lo anterior tiene sentido, por cuanto una enmienda consistiría en una modificación sustancial de las cláusulas del acuerdo, que afectaría en general el contenido del tratado. Como lo señaló la Corte en la sentencia C-1034 de 2003, la enmienda puede cambiar tanto el objeto como el fin del tratado. Si el Congreso hace enmiendas, entonces invadiría competencias otorgadas por la Carta al Presidente, quien, de acuerdo a los mandatos superiores, es el único con la facultad de dirigir las relaciones internacionales.

Sobre la exequibilidad del artículo 217 de la ley 5ª de 1992 la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-227 de 1993, en donde consideró que la norma se ajustaba a lo

4 Ver Proyectos de Ley sobre Tratados Internacionales. Artículo 217: “Condiciones en su trámite. Podrán presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de Tratados y Convenios Internacionales. El texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda. Las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita. Dichas propuestas, así como las de aplazamiento, seguirán el régimen establecido para las enmiendas en el proceso legislativo ordinario. Las Comisiones competentes elevarán a las plenarias, de conformidad con las normas generales, propuestas razonadas sobre si debe accederse o no a la autorización solicitada”.

5 El artículo 217 de la ley 5 de 1992 señala lo siguiente: “El texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda. Las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita” (1992).

señalado en la Carta. En esa oportunidad la Corte analizó una demanda contra el citado artículo 217 de la ley 5 de 1992, en donde se argumentaba que sólo el Presidente de la República podía formular reservas a los tratados y renegociarlos. Sin embargo, la Corte no acogió los razonamientos expuestos y, por el contrario, declaró la constitucionalidad de esa norma. Para el máximo Tribunal Constitucional, que la Carta faculta al Congreso de la República para aprobar o improbar un tratado, implicaría adicionalmente que pueda hacerlo de manera parcial, utilizando para ello la figura de las reservas.

Lo anterior, por cuanto a juicio de la Corte, una lectura exegética del mandato constitucional lleva a conclusiones contra intuitivas. En efecto, si bien el artículo 150-16 de la Carta señala que corresponde al Congreso aprobar o improbar los tratados, la Corte observó que puede darse el caso de un tratado en el cual sólo existan unas pocas normas que, a juicio del Congreso, no resulten convenientes para la Nación, mientras que la mayoría de las disposiciones que hagan parte de éste sí lo sean. De igual forma, podría ocurrir que algunas no se ajusten a la Constitución mientras que otras sí. Bajo estos supuestos, el Congreso bien podría aprobar aquellas disposiciones que resulten convenientes y constitucionales, mientras que aquellas que no lo hagan deberán ser improbadas. De acuerdo con lo señalado por la Corte, si esto no pudiera hacerse de esta manera, entonces el Estado perdería la oportunidad de establecer pactos y convenios favorables para la Nación, por el hecho de existir en el texto de un tratado algunas pocas normas que resulten inconstitucionales y que bien podrían

haberse omitido en el trámite de aprobación del tratado. Sobre este punto, la Corte razonó de la siguiente manera en la citada sentencia C-227 de 1993, decisión que sería reiterada en la sentencia C-176 de 1994, “Si se sostiene que el tratado debe aprobarse o improbarse como un todo, se llega a la conclusión, que no es práctica ni lógica, de que la inconformidad con una sola cláusula obliga a improbar todo el tratado. O lo que es peor, que se debe aprobar todo dejando de lado los reparos a una o más cláusulas” (1994).

Como se observa, en el ordenamiento jurídico colombiano es posible que el Congreso de la República apruebe o impruebe total o parcialmente un tratado. De hecho, a juicio de la Corte, es posible que el Congreso también aplaze la vigencia del tratado. Así fue señalado en la sentencia arriba citada, en donde la Corte precisó adicionalmente que el Congreso “bien podría, por ejemplo, determinar que la ley aprobatoria sólo comience a regir pasado cierto tiempo, es decir, a partir de una determinada fecha. Razones de conveniencia pueden llevar al Congreso a decidir que un tratado, favorable en términos generales para el país, no lo sea en el momento actual, sino en el futuro, por lo cual deba aplazarse su vigencia” (1994).

Con todo, y como ha sido enunciado, el trámite legislativo para la aprobación de un tratado, si bien es un procedimiento necesario, no es suficiente para que haga parte del ordenamiento jurídico, además de ello, es necesario un análisis de constitucionalidad tanto de su contenido como del procedimiento seguido para su celebración.

### Competencias de la Corte Constitucional

La Carta dispone en el artículo 241 numeral 10, que la Corte Constitucional, en virtud de su función de “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, deberá decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Al respecto, el mandato superior precisa lo siguiente: “con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

Una vez que la ley aprobatoria de un tratado es remitida a la Corte Constitucional, ésta ejercerá un control de constitucionalidad tanto de carácter formal como material. Como lo expuso la Corte en la sentencia C-578 de 2002, ésta revisará el trámite que surtió el tratado en las etapas de negociación y firma, indagando por la adecuada representación de los funcionarios intervinientes, el trámite de aprobación surtido en el Congreso y la sanción de la ley aprobatoria por parte del Presidente de la República. De igual manera, analizará de fondo si las prescripciones contenidas en el tratado se ajustan a las disposiciones contenidas en la Carta. En este proceso, la Corte también podrá formular reservas y declaraciones interpretativas respecto de las normas de un

tratado, en virtud del principio de conservación del derecho y de la posibilidad de efectuar sentencias modulativas sobre la exequibilidad de una disposición. Precisamente la Corte, al analizar la constitucionalidad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales hecha en Viena el 21 de marzo de 1986 y de la Ley No 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha Convención, hizo uso de esta facultad.

En esa oportunidad la Corte observó que resultaba necesario precisar, con relación a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1986, que el representante plenipotenciario de Colombia sólo podría manifestar el consentimiento respecto de un tratado, cuando éste hubiera sido aprobado por el Congreso, y una vez revisada su exequibilidad por parte de la Corte. Indicó igualmente que sólo podrían ser susceptibles de aplicación provisional, sin aprobación previa por parte del Congreso y sin revisión por parte de la Corte Constitucional, aquellos tratados de naturaleza económica y comercial. Dado que esos supuestos no se inferían del texto del Tratado, y visto que podía solucionarse esta situación a través de una declaración interpretativa, sin necesidad de considerar esas normas como inconstitucionales, la Corte decidió declarar la exequibilidad de la Convención de Viena de 1986, pero siempre y cuando al momento de depositarse el instrumento de ratificación, el Gobierno de Colombia realizara reservas y declaraciones interpretativas para precisar los puntos arriba señalados. Para justificar sus argumentos, la Corte señaló lo siguiente:



“Es necesario que el Estado colombiano, precisamente para poder comprometerse internacionalmente de buena fe y garantizar una mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales, precise que estos pasos internos son esenciales para que el representante internacional pueda manifestar válidamente el consentimiento internacional del Estado colombiano. Por todo lo anterior, la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de esos artículos a fin de que el Gobierno, al ratificar la presente Convención, efectúe la correspondiente reserva, precisando que el consentimiento sólo podrá ser prestado por el representante colombiano, una vez aprobado el tratado por el Congreso y verificada su constitucionalidad por la Corte Constitucional”.

Esta función ejercida por la Corte Constitucional, como el previo control de constitucionalidad que también ejerce el Congreso, tienen como fundamento la fuerza normativa de la Carta. En efecto, el artículo 4º superior señala que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad de la Constitución y la Ley u otra norma jurídica se aplicará las disposiciones constitucionales. Como puede observarse, a través de esta disposición la Constitución de 1991 introduce el moderno concepto de constitución como norma y el mandato de prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra disposición<sup>6</sup>. Resulta evidente que, al ser la Constitución

Política la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico, no es posible que coexistan dentro del mismo sistema otras disposiciones normativas de inferior jerarquía<sup>7</sup>, o interpretaciones de esos enunciados, que contradigan sus prescripciones.

Que una constitución tenga fuerza normativa implica, por un lado, que la Carta 1) auto- limita el poder del Estado, tal y como lo entendía la concepción liberal clásica de constitución y, 2) la Constitución vincula al grueso de la sociedad, mediante la exigencia de cumplimiento y respeto de su contenido. Sólo son vinculantes las restantes normas si son creadas o incorporadas conforme al procedimiento señalado en la Constitución y respetan materialmente sus disposiciones. No es posible que coexistan en un mismo ordenamiento jurídico normas, o interpretaciones de esas normas, que estén en contravía de los mandatos superiores. El hecho de entender a una constitución como norma implica que cualquier otra disposición que contraríe la Carta debe ser inaplicada o retirada definitivamente del ordenamiento. Cuando existen dos normas con contenidos diversos y contrapuestos dentro de un mismo sistema jurídico, una de ellas debe ser eliminada a fin de evitar que el ordenamiento, en su conjunto, pierda coherencia y completitud. Como se ha mostrado los tratados son aprobados por el Congreso mediante leyes ordinarias, por lo cual este tipo de normatividades no pueden ser ajenas al control de constitucionalidad, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución.

6 Cfr. Igualmente artículos 237 y 241 de la Carta.

7 Con excepción de los tratados que hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”, porque expresamente lo consagra así la Carta, la totalidad de los tratados tienen rango legal.

En síntesis, en el ordenamiento jurídico colombiano, para que un tratado tenga fuerza normativa interna debe surtir un trámite con cierto grado de complejidad. Con todo, y dada la fuerza normativa de la Constitución, no es posible que el Estado Colombiano se obligue internacionalmente por medio de un tratado que contraría los mandatos superiores. Para evitar estas situaciones, la Carta Política establece que antes de manifestar el consentimiento final a un tratado, deberá existir previamente un control constitucional, tanto del Congreso de la República, como de la Corte Constitucional. Lo anterior implica que el Congreso podrá presentar reservas y declaraciones interpretativas de las normas contenidas en un tratado. Así mismo, y posteriormente a la aprobación del tratado por medio de una ley expedida por el Congreso, la Corte Constitucional realizará un control de exequibilidad sobre el texto del tratado, en donde a su vez, podrá plantear nuevas reservas y declaraciones.

Como lo señaló la sentencia C-468 de 1997<sup>8</sup>, el control de constitucionalidad realizado por la Corte es de carácter integral, ya que implica el análisis tanto formal como material del procedimiento seguido en la celebración del tratado, de la ley aprobatoria y de su contenido normativo. Así mismo, como fue señalado en la sentencia citada, el control de constitucionalidad tiene fuerza de “cosa juzgada”, pues la Corte debe “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban” (CPN Art. 241-10), lo que

excluye la revisión posterior de inconstitucionalidad por vía de acción pública; finalmente es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional. En este sentido, vale decir que el control de constitucionalidad ejercido por la Corte tiene un carácter automático, es decir, que no se hace necesaria la presentación de una acción ciudadana.

Se insiste en que una de las más importantes conclusiones de la anterior exposición es que el Gobierno colombiano puede obligar internacionalmente al Estado, únicamente cuando se haya cumplido adecuadamente con los trámites internos de aprobación del tratado, esto es, cuando el texto de éste haya sido aprobado por el Congreso mediante una ley sancionada por el Presidente y que además haya surtido el trámite de constitucionalidad ante la Corte. La Corte en sentencia C-400 de 1998, expresó los anteriores razonamientos de la siguiente manera:

“El derecho constitucional colombiano establece unos pasos que garantizan la formación plena de la voluntad del Estado, manifestada por las tres ramas del Poder Público, que es expresión de la voluntad del Estado para comprometerse a nivel internacional. Por tanto, la voluntad de celebrar un tratado se expresa en primer término, en la iniciativa y la negociación por parte del Presidente de la República como Jefe de Estado y director de las rela-

8 Decisión reiterada entre otras, en las sentencias C-861 de 2001, C-578 de 2002, C-120 de 2004 y C-781 de 2004

ciones internacionales; en segundo término, en la aprobación o improbación por parte del Congreso Nacional, y en tercer término, en la revisión automática por parte de la Corte Constitucional, paso este último que es previo al perfeccionamiento del Tratado. Con posterioridad vendrán la ratificación, el canje de instrumentos y demás formalidades a través de las cuales el tratado es perfeccionado y, por ende, puesto en vigencia”<sup>9</sup>.

De una lectura cuidadosa de las disposiciones constitucionales, de las normas de la Convención de Viena de 1969 y de la jurisprudencia Constitucional, se concluye que el Presidente de la República, o la persona a la cual se le hayan otorgado plenos poderes para representar al Estado, puede valerse de lo dispuesto en los artículos 11 a 17 de la Convención de Viena de 1969, únicamente bajo la circunstancia de haberse cumplido adecuadamente con el procedimiento previsto en la Carta. La Sentencia C-710 de 1998 así lo reiteró, al señalar que el Presidente tiene competencia para manifestar el consentimiento de otorgar fuerza normativa interna a un tratado únicamente cuando se hayan agotado las fases prescritas en la Constitución. De hecho, la Corte en esa decisión, reiteró que es obligatorio que el Estado Colombiano dé a conocer dicha situación, en el momento de negociación y adopción del texto de un tratado. Al respecto, el máximo tribunal señaló que “es necesario que el Estado colombiano, precisamente para poder comprometerse internacionalmente de

buen fe y garantizar una mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales, precise que estos pasos internos son esenciales para que el representante internacional pueda manifestar válidamente el consentimiento internacional del Estado colombiano”.

### **Las reservas y declaraciones interpretativas**

Finalmente es necesario profundizar en uno de los aspectos que han sido señalados con anterioridad, y que han sido objeto de un largo debate doctrinario y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional: lo relativo a las reservas que pueden hacerse sobre un tratado. La Convención de Viena de 1969 en el artículo 2-D, define las reservas como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Para el doctrinante Paúl Reuter, la esencia de una reserva consiste en imponer una condición: “el Estado o la organización aceptan contraer obligaciones únicamente bajo la condición que no se le apliquen ciertos efectos jurídicos del tratado, ya sea por la exclusión o por la modificación de una norma, por la interpretación o la aplicación de la misma” (Reuter 1999: 98).

Con todo, suele diferenciarse entre una reserva propiamente dicha, que consistiría en la manifestación de un Estado de no otorgar efectos normativos internos a una disposición contenida en un tratado, y una declaración

<sup>9</sup> Sentencia C-267/93. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

interpretativa, mediante la cual el Estado precisa que aceptará la fuerza normativa de una disposición contenida en un tratado, pero únicamente bajo ciertas condiciones, límites o modalidades, y de conformidad con un sentido determinado<sup>10</sup>. Esta distinción es medular por cuanto, como lo destacó la Corte en la sentencia C-176 de 1994, la reserva requiere para su validez que sea aceptada tácita o expresamente por las demás partes intervinientes en el tratado, mientras que la declaración interpretativa tiene carácter unilateral. Además, la distinción entre reserva y declaración adquiere cierto grado de importancia, por cuanto a partir de ella se distingue entre la posibilidad de formular reservas o declaraciones en tratados bilaterales y multilaterales<sup>11</sup>.

En recientes decisiones de la Corte Constitucional, en donde se ha acogido la distinción entre reserva y declaración interpretativa, se ha afirmado que los tratados bilaterales no admiten reservas, pero que sí admiten declaraciones interpretativas. Por ejemplo, en la sentencia C-160 de 2000, la Corte analizó la Constitucionalidad de la ley 502 del 18 de junio de 1999, por medio de la cual se aprobó el “Tratado General de Cooperación entre la República de Colombia y la República

Italiana” concluido en Roma el 29 de noviembre de 1994; al analizar la constitucionalidad de una de las disposiciones allí contenidas, en la cual se señalaba que las partes se comprometían a prevenir y controlar el crimen en todas sus formas y a combatirlo a través de medidas como la confiscación. La Corte consideró que una interpretación literal de esa palabra, conduciría a declarar su inexecutable, pues esa figura estaba prohibida por la Constitución. Sobre el punto la Corte señaló lo siguiente: Una interpretación exegética del término “confiscación”, al encontrarse ésta figura expresamente prohibida por el artículo 34 de la Constitución, llevaría necesariamente a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del Convenio, pues, lógicamente, los tratados bilaterales no admiten reservas. En efecto, una reserva a un tratado bilateral constituiría un desacuerdo entre las dos partes que llevaría a que éste se tuviera que negociar nuevamente. Pero afirmó adicionalmente en esa decisión, que en los tratados bilaterales sí es posible emitir declaraciones interpretativas de sus normas, las cuales se constituirán en reglas generales de interpretación del tratado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena<sup>12</sup>.

Sin embargo, la afirmación real-

<sup>10</sup> Esta definición fue adoptada por la Corte en la sentencia C-176 de 1994, acogiendo el concepto del tratadista Anzilotti D. expuesto en su curso de derecho internacional.

<sup>11</sup> Resulta evidente señalar que un tratado bilateral es aquel en el cual intervienen dos partes para su celebración, mientras que un tratado multilateral está compuesto por más de dos partes. Sin embargo, debe prestarse atención a la posibilidad de la existencia de tratados bilaterales firmados por más de dos países. Tal es la situación que se presenta por ejemplo, en los tratados firmados entre Suiza y la unión Europea.

<sup>12</sup> El Artículo 31 de la Convención de Viena señala lo siguiente: “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”

izada por la Corte Constitucional no debe ser tomada en un sentido absoluto. Como puede observarse, la Convención de Viena de 1969 no señala en ningún lugar una prohibición para formular reservas respecto de tratados bilaterales. La cuestión fundamental radica en que, como indica el tratadista Paúl Reuter, si bien las reservas son técnicamente posibles en los tratados bilaterales, no tienen en ese caso ningún sentido práctico, ni alguna función genuina, porque equivaldrían de hecho, a una reapertura de las negociaciones que acaban de terminar (Reuter, 1999, 89). Resulta claro que las reservas tienen mayor sentido cuando se habla de tratados multilaterales, por cuanto su formulación no implica que la norma contenida en el texto del tratado sea sustraída de éste, sino que no tendrá efectos jurídicos internos para el Estado que la plantea, mientras que para el resto de países signatarios que expresen su consentimiento, tendrá completa validez y seguirá haciendo parte del tratado. Por el contrario, en los tratados bilaterales, la reserva tendría el mismo significado que la no aprobación del texto de algunas de las normas de éste.

De conformidad con la exposición anteriormente hecha, es posible afirmar que en el trámite interno seguido en el ordenamiento jurídico colombiano para que un tratado adquiera fuerza normativa, pueden improbarse o declararse inconstitucionales ciertas normas contenidas en un tratado. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución esto es posible, ya sea por razones de conveniencia para la Nación, evaluación que realizará el Congreso, o porque las normas no se ajustan a lo dispuesto en la Carta, análisis que efectuarán tanto el Congreso como la Corte

Constitucional. Bajo esta circunstancia, el Presidente podrá reiniciar las negociaciones para ajustar el texto del tratado si así lo considera conveniente.

Un caso de esta índole fue estudiado en la sentencia C-358 de 1996. En esa oportunidad, la Corte tuvo que analizar 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 aprobado por medio de la Ley 246 de 1995. En esa oportunidad, la Corte observó que el artículo 6° de esa normatividad, prohibía una forma de expropiación que era expresamente autorizada por el artículo 58° de la Carta vigente en 1996; y otra de constitución de monopolios era permitida por el artículo 336 superior. Por lo anterior, la Corte consideró que la norma no se ajustaba a los mandatos superiores. Al respecto razonó de la siguiente manera:

“(…)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".

Como puede observarse en la parte resolutive de la sentencia, la Corte no optó por declarar la inconstitucionalidad de todo este tratado bilateral sino que, por el contrario, declaró la exequibilidad del tratado, con excepción del artículo 6°. Para efectos de la ratificación, en la parte resolutive señaló lo siguiente:

"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. (...) 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 que 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".

El punto de las reservas y las declaraciones interpretativas en tratados bilaterales genera cierta confusión, por cuanto existen decisiones de la Corte Constitucional en las cuales se ha afirmado que los tratados bilaterales no admiten la posibilidad de plantear reservas, en parte acogiendo la teoría expuesta por algunos doctrinantes de la materia. Por ejemplo, en la sentencia C-781 de 2004, al razonar sobre la competencia de la Corte en el análisis de exequibilidad de las leyes que aprueban tratados, señaló lo siguiente:

"Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de éstos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado" (2004).

Sin embargo, estas afirmaciones, así como las realizadas en la sentencia C-260 de 2000, no son argumentos principales para llegar a la decisión que fue tomada en esas sentencias. En otras palabras, ese tipo de razonamientos en las jurisprudencias analizadas, tienen el carácter de obiter dicta y no de holding o ratio decidendi<sup>13</sup>. Por el contrario, y

<sup>13</sup> En la sentencia SU-047 de 1999, la Corte señaló que "la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica" (1999). Así mismo, precisó que un obiter dicta es "toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario." (1999). De acuerdo a la teoría jurídica contemporánea, sólo la ratio decidendi de un fallo tiene fuerza vinculante. Al respecto puede consultarse López (2000).

como se ha demostrado, el precedente sobre la posibilidad de establecer reservas en tratados bilaterales debe identificarse en la citada sentencia C-358 de 1996, y adicionalmente sobre el tema de las declaraciones interpretativas, en la sentencia C-160 de 2000.

En conclusión, sobre este punto debe decirse lo siguiente. Resulta claro que, técnicamente, la figura de la reserva tiene sentido dentro del marco de los tratados multilaterales, pues a través de ésta se busca preservar el texto normativo dentro de un tratado, pero sin que éste obligue a las partes que así lo plantean. Podría afirmarse que una reserva en un tratado bilateral implicaría sustraer de éste el texto normativo, lo que podría eventualmente conllevar a la realización de nuevas negociaciones y en cierta manera, a que la figura de la reserva no cumpla con su cometido. Con todo, lo anterior no implica que tanto el Congreso de la República como la Corte Constitucional, no puedan acudir a otras figuras frente a los tratados bilaterales, que tendrían los mismos efectos de las reservas. Por un lado, el Congreso de la República, ya sea por consideraciones de conveniencia o en virtud del control de constitucionalidad, puede improbar normas contenidas en un tratado bilateral. Así mismo, la Corte Constitucional, si observa que una o varias normas con-

tenidas en un tratado bilateral no se ajustan a los mandatos superiores, podrá declarar la inexecutable de dichas normas, sin extender este efecto a la totalidad del instrumento internacional.

### Bibliografía

Anzilotti, D. 1955. *“Corso di Diritto Internazionale”*. Padova.

Convención de Viena de 1969

Díez de Velasco, 1985. *“Instituciones de Derecho internacional Público”*, Madrid: Tecnos, Tomo I pp. 120

Ley 5ª de 1992. Reglamento del Congreso de la República.

López, Diego. 2000. *“El derecho de los jueces”*, Bogotá: Editorial Legis.

Reuter, Paul. 1999. *“Introducción al derecho de los tratados”*, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 98.

Sentencia C-344 de 1995

Sentencia SU-047 de 1999

Sentencia C-781 de 2004

Sentencia C-176 de 1994