

# ANÁLISIS JURÍDICO EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS EN COLOMBIA. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL

LEGAL ANALYSIS ON THE PROVISIONAL  
APPLICATION OF TREATIES IN COLOMBIA.  
A LOOK AT INTERNATIONAL AND  
NATIONAL LEGISLATION

ANÁLISE JURÍDICA REFERENTE À APLICAÇÃO  
PROVISIONAL DE TRATADOS NA COLÔMBIA.  
UMA PERSPECTIVA DE DIREITO  
INTERNACIONAL E NACIONAL

JUAN CAMILO ROJAS-ARIAS\*

- \* Abogado egresado de la Universidad de La Sabana con Maestría en Derecho Internacional y especialista en Derecho Comercial; ha sido profesor de cátedra de la asignatura Fundamentos de Derecho Comercial y de la Empresa en la Universidad de La Sabana. Estudiante de Maestría en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas en la Universidad de Salamanca (España). camilor99@hotmail.com

---

RECIBIDO: 19 DE AGOSTO DE 2014. ENVÍO A PARES: 20 DE AGOSTO DE 2014  
APROBADO POR PARES: 30 DE NOVIEMBRE DE 2014. ACEPTADO: 12 DE DICIEMBRE DE 2014

---

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.7

---

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO  
ROJAS ARIAS, JUAN CAMILO, ANÁLISIS JURÍDICO EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN  
PROVISIONAL DE TRATADOS EN COLOMBIA. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y NACIONAL, EN DIKAION, 24-1 (2015), 144-170. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.7

## RESUMEN

Este trabajo discute, desde una perspectiva del derecho internacional y del derecho constitucional, la prerrogativa del Gobierno de Colombia de aplicar provisionalmente un tratado en cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia. Este análisis teórico y práctico, busca examinar los criterios de aplicación de la precitada figura a fin de presentar algunas conclusiones al respecto.

### **PALABRAS CLAVE**

Tratado; aplicación provisional de los tratados; tratados de libre comercio; Convención de Viena de 1969; Constitución Política de 1991.

## **ABSTRACT**

The Colombian government's prerogative to implement a treaty provisionally, pursuant to existing legislation on the matter in question, is discussed in this study from the standpoint of international and constitutional law. The purpose of this theoretical and practical analysis is to examine the criteria for provisional treaty application, so as to reach several conclusions in that respect.

## **KEYWORDS**

Treaty; provisional application of treaties; free trade; 1969 Vienna Convention; 1991 Constitution.

## RESUMO

Neste trabalho, discute-se, sob uma perspectiva do direito internacional e do direito constitucional, a prerrogativa do Governo da Colômbia de aplicar provisionalmente um tratado de cumprimento das disposições legais sobre a matéria. Esta análise teórica e prática busca analisar os critérios de aplicação da precitada figura com o objetivo de apresentar algumas conclusões a respeito de sua aplicação.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Tratado; aplicação provisional dos tratados; tratados de livre comércio; Convenção de Viena de 1969; Constituição Política de 1991.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. DELIMITACIÓN TEÓRICA; 1.1. DEFINICIONES; 2. APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS; 2.1. VISIÓN NACIONAL DE LA MATERIA; 3. ANÁLISIS DE LOS TRATADOS QUE SE HAN APLICADO PROVISIONALMENTE, DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL; 4. ANÁLISIS *IN SITU* SOBRE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA; 5. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

Con la intensificación de las relaciones internacionales y el advenimiento de una plataforma mundial de comercio y de cooperación económica con la finalidad de impulsar la economía mundial, los Estados desarrollados han detectado que el consumo interno de los mercados de las economías en desarrollo, puede ser una variable significativa para activar los *ratios* de crecimiento económico.<sup>1</sup>

Para el efecto, una de las mejores formas de incursionar en los mercados locales extranjeros, es a través de instrumentos de concertación internacional de políticas o medidas de carácter multilateral o bilateral,<sup>2</sup> vale decir, en estricto sentido, tratados,<sup>3</sup> en los que se incorporan disposiciones de naturaleza comercial o económica. Al respecto, dentro de la categoría de tratados de naturaleza económica y comercial se pueden distinguir los dirigidos a uniformar legislaciones y los que expresamente disponen de eliminaciones de aranceles y medidas favorables a la inversión extranjera directa con la finalidad de incursionar en los mercados de los Estados partes de estos acuerdos.

Con el advenimiento descrito, la adopción de medidas comerciales requiere la mayor celeridad para poder ser una respuesta eficaz al dinámico flujo de las relaciones comerciales; por esto, los Estados han previsto una forma de dar aplicación provisional y expedita a determinados tratados. En el caso de la República de Colombia, es sobre aquellos acuerdos internacionales de naturaleza económica y comercial que se generen en el seno de un organismo internacional, agilizando su proceso, en el sentido de incorporarlo a su legislación, mientras este surte el proceso de ratificación interna de las iniciativas internacionales.

### 1. DELIMITACIÓN TEÓRICA

Para los efectos del presente escrutinio jurídico, se limitará su desarrollo a los Acuerdos Internacionales de Inversión celebrados (en adelante AII o TLC) en el marco de organismos internacionales. Luego se analizará la medida de aplicación

1 United Nations Conference on Trade and Development "UNCTAD", *Trade and development Report*, 2011, overview, pp. 4-6.

2 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 10. "The Term 'bilateral' describes a treaty between two states, and 'multilateral' one between three or more states".

3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "Artículo 2º: 1. Para los efectos de la presente Convención: a) Se entiende por "tratado" 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".

provisional de los tratados, desde una perspectiva de derecho internacional y doméstico, con miras a caracterizar los elementos de la medida de aplicación provisional; en ese sentido, se analizarán los casos en que se ha efectuado la aplicación provisional de los tratados, desde una perspectiva jurisprudencial. Como colofón obrarán las respectivas conclusiones.

## 1.1 Definiciones

Para los efectos de analizar la medida de aplicación provisional, se utilizarán como referente los AII,<sup>4</sup> toda vez que los mismos entrañan la condición de acuerdos de naturaleza comercial y económica, y por su relevancia nacional e internacional, connotan una especial atención en el ámbito comercial internacional.<sup>5</sup>

Los AII, son tratados en los cuales se incorporan obligaciones para los Estados que los conforman, con la finalidad de generar un ambiente estable y confiable para las inversiones de capital externo, teniendo como efecto la atracción de inversión extranjera directa y la reducción de los riesgos a la inversión internacional por parte de los Estados<sup>6</sup> por los riesgos denominados de país y políticos.<sup>7</sup>

Por su parte, el doctrinante español Manuel Díez de Velasco, al referirse a las organizaciones internacionales, sostiene que: “podemos definir las Organizaciones internacionales como unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes,

4 En un sentido genérico, son tratados que surgen de la voluntad soberana, en los cuales se incorporan obligaciones de hacer y de no hacer, consistentes en ampliar el mercado común entre los Estados que lo conformen; para ese efecto, se eliminan o se reducen sustancialmente las barreras de acceso a los mercados de cada Estado, esto es, mediante la reducción o eliminación de aranceles y del compromiso de no tomar medidas que atenten contra el libre acceso a los mercados, *inter alia*. En consecuencia, es absolutamente claro que los tratados de libre comercio, connotan una calidad de acuerdos de comercio y de economía, por sus disposiciones y sus fines.

5 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2 ed., United Nations Conference on Trade and Development. “Few areas of international law excite as much controversy as the law relating to foreign investment. Such controversy resulted from the law on the subject being the focus of conflict between several forces released at the conclusion of the Second World War.”

6 United Nations Conference on Trade and Development, “El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de la inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo”, *Trade and development Report*, 2011, pp. 13, 14.

7 Iranzo Silva, *Introducción al Riesgo País*, Banco de España, documento ocasional, 0802. “El riesgo-país es un concepto muy amplio, cuyo análisis requiere el estudio de aspectos económicos, financieros, políticos, históricos y sociológicos. En general, el riesgo-país es la probabilidad de que se produzca una pérdida financiera por circunstancias macroeconómicas, políticas o sociales, o por desastres naturales, en un país determinado”.

En ocasiones, se incluye como una subcategoría adicional del riesgo-país el riesgo asociado a la inversión extranjera directa, que comprende el riesgo de transferencia en el pago de los dividendos y el producto de la liquidación de las inversiones, el riesgo de confiscación, expropiación y nacionalización de las inversiones extranjeras, el riesgo de incumplimiento de los contratos y el riesgo de guerras, violencia política y catástrofes naturales. Estos riesgos ya están de alguna forma contemplados en la definición de riesgo país del anterior apartado.

Cuando un país tiene un elevado nivel de riesgo-país para los instrumentos de deuda, lo tiene también como es lógico para la inversión extranjera directa, y viceversa”.

encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros”.<sup>8</sup>

De forma complementaria, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva 174 de 1949, determinó que, tratándose de organizaciones internacionales de vocación mundial, son los Estados los que tienen la facultad de crear ese nuevo sujeto de derecho internacional y asignarle personalidad jurídica objetiva: “It is Court’s opinion that fifty states, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone”.

De conformidad con lo expuesto, es dable suponer que las organizaciones internacionales se caracterizan por los siguientes elementos concurrentes:

- a. Son conformadas por Estados.
- b. Se constituyen mediante un acuerdo internacional.
- c. Son titulares de personalidad jurídica internacional.
- d. Disponen de una estructura orgánica definida.

## 2. APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

Es de resaltar que la temática de aplicación provisional de los tratados ha sido objeto de estudio en los últimos años<sup>9</sup> por parte de la Comisión de Derecho Internacional,<sup>10</sup> resaltando su evidente evolución e importancia en el derecho internacional por parte de los Estados, y su respectiva armonización con los derechos nacionales.

Como primer escenario de acercamiento a esta figura, es preciso resaltar su nacimiento consuetudinario,<sup>11</sup> toda vez que su configuración como un instrumento de derecho internacional devino de la práctica común de los Estados de considerar

---

8 Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 43.

9 En el 63 período de sesiones del 2011, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de largo plazo el tema “Aplicación provisional de los Tratados”, documento oficial de la Asamblea General con referencia: A/67/10.

10 La Comisión de Derecho Internacional fue creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/RES/174, la cual tiene como misión favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

11 A/CN.4/63, article 6 5) b) The Trade and Payments agreement between Denmark and Argentina on December 1948, after providing , in article 41 , that it “shall be approved in conformity with the constitutional procedure of each of the High Contracting Parties”, lays down that “without prejudice to its final approval, this agreement shall enter into force provisionally fifteen days from the date of signature and shall remain in force for five years” - The Franco-Belgian Convention for the Avoidance of Double Taxation signed on 29 December 1947 provided , in article 10 , that it shall be ratified and the instruments of ratifications exchanged as soon as possible, but that it shall enter into the force provisionally on the date of its signature (United Nations, Treaty Series, vol. 46, p. 117).

dentro del cuerpo de los tratados un mecanismo adicional al deber de ratificación, el cual consistía en permitir su entrada en vigor antes de su ratificación.<sup>12</sup>

La anterior situación de hecho, aunada a la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de codificar un “Derecho de los Tratados” en 1949, generó una serie de estudios sobre la materia. Al efecto se seleccionaron relatores especiales<sup>13</sup> con el fin de estudiar ese incipiente pero practicado derecho de los tratados, dentro del cual se encontraba la figura de la aplicación provisional de los mismos; con ello, la anotada Comisión de Derecho Internacional completó la primera lectura de una Convención de Derecho de los Tratados para el año 1964, cuya versión definitiva se aprobó en 1966.<sup>14</sup>

Delimitada someramente la evolución de la figura bajo análisis, se resalta que hoy en día la aplicación provisional de los tratados es una figura de derecho internacional público, incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en la ciudad de Viena, República de Austria, el 23 de mayo de 1969.

El artículo 25<sup>o15</sup> de la convención en lo referente a la aplicación provisional establece:

Aplicación provisional.

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) si el propio tratado así lo dispone: o
- b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica

12 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 1 (1965), A/CN.4/SR.791, párr. 28. “En 1965, Gregory Tunkin manifestó que el artículo que preveía la aplicación provisional describía una práctica existente en vez de expresar una norma jurídica. Sabía por experiencia que no era raro que un tratado bilateral estuviera sujeto a ratificación pero que su entrada en vigor se diera inmediatamente después de la firma”.

13 James L. Brierly (en 1949), Hersch Lauterpacht (en 1952), Gerald Fitzmaurice (en 1955) y Humphrey Waldock (en 1961).

14 Comisión de Derecho Internacional, 65º periodo de sesiones, Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013, documento A/CN.4/658.

15 Comisión de Derecho Internacional – Referencias documentales A/CN.4/658 y A/CN.4/664, mediante las cuales se detallan los antecedentes doctrinales de la figura acá analizada y se detallan sus antecedentes. Sobre este particular se resalta que el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la posibilidad de aplicar los tratados de forma provisional. Este artículo tiene su origen en las propuestas para la inclusión de una disposición que reconociera la práctica de la “entrada en vigor provisional” de los tratados formuladas por los Relatores Especiales Srs. Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock durante el examen del derecho de los tratados en la Comisión de Derecho Internacional. La disposición que fue incluida como artículo 22 en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, enmendada en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, entre otras cosas, se sustituyó el concepto de “entrada en vigor” por el de “aplicación provisional” por la significancia legal de cada una de estas dos acepciones.

provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

Para un correcto entendimiento y sobre la base de sus antecedentes, en el plano internacional esta figura ha tenido su sustento de aplicación en aquellos casos en que por la naturaleza del tratado es preciso que se dé aplicación inmediata al mismo,<sup>16</sup> siempre respetando el trámite de ratificación y bajo la estricta voluntad de los Estados que lo conforman.

Confirma lo expuesto el tratadista Anthony Aust, en su obra titulada *Modern Treaty Law and Practice*, que sobre la aplicación provisional ha manifestado:

A treaty is applied provisionally pending its entry into force if it so provides or if the negotiating states have in some other manner so agreed. When the treaty has a provisional application clause, the obligation of a state to apply the treaty provisionally is created by its participation in the adoption of the treaty. If there is no clause, the obligation arises if the state supports provisional application, usually by voting for a resolution to that effect. A state which does not so vote, or does not join a consensus, will be under no such obligation. And, should a treaty clause or a resolution be expressed to apply only to signatory states, it will not apply to a negotiating state until it has signed.<sup>17</sup>

Así las cosas, es posible entender esta figura como una prerrogativa de los Estados<sup>18</sup> para aplicar un determinado tratado sin haber cumplimentado los requisitos internos de aprobación,<sup>19</sup> supuesto que se fundamenta bien sea por la necesidad de aplicación urgente aunado a la disposición expresa en el cuerpo de tratado que así lo disponga, o a la voluntad soberana de aplicarlo previamente a su proceso de ratificación.<sup>20</sup>

## 2.1 Visión nacional de la materia

En el derecho colombiano, la aplicación provisional de los tratados no se configuraba como una materia permitida, toda vez que la Constitución Política de 1886 proscribía la aplicación provisional de los mismos, porque el Congreso en virtud de su representación popular era la única instancia con la facultad de aprobar o improbar tratados.

16 A/CN.4/658, p. 13.

17 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, op. cit., p. 139.

18 Colección Escuela Diplomática, *España y la práctica del derecho internacional*, LXXV Aniversario de la asesoría jurídica del MAEC, p. 62. "Es de resaltar que esta figura no ha tenido una aplicación pacifista en su evolución, toda vez que algunos Estados han considerado que su aplicación puede llevar a conflictos entre el derecho interno y el internacional, toda vez que el mismo puede constituir un subterfugio para obviar los requisitos jurídicos internos para su aprobación y posterior ratificación o simplemente para evitar situaciones de política interna que impiden siquiera suponer que se pueda plantear la posibilidad de que el legislativo competente conozca el tratado".

19 Consultar: <http://www.un.org/es/treaty/glossary.shtml#provisional>

20 Organización de las Naciones Unidas, *Cláusulas finales de tratados multilaterales*, 2003, p. 33.

En razón de lo anterior, el Estado colombiano efectuó reserva<sup>21</sup> al artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La aludida reserva quedó consignada en el Decreto 3703 de 1985, en los siguientes términos:

Reserva de Colombia. En cuanto al artículo 25, hace la reserva de que la Constitución Política de Colombia no admite la entrada en vigor provisional de los Tratados; en virtud a que corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce la atribución de aprobar o improbar los Tratados o Convenios que el Gobierno de Colombia celebre con otros Estados u otras entidades de Derecho Internacional, en general con sujetos de derecho internacional.

No obstante lo anterior, en los trabajos preparatorios de la actual Constitución Política de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente consideró la necesidad de revestir al presidente de la República con la facultad de aplicar provisionalmente los tratados que comporten una naturaleza comercial y económica, y se hayan creado en el seno de una organización internacional.<sup>22</sup>

Como resultado de lo descrito *supra*, fue consignada la figura en el artículo 224 de la Constitución Política de 1991, de la siguiente forma:

Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. *Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan.* En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado (énfasis agregado).

Es así como la Carta Política de 1991 estableció la posibilidad de pactar una cláusula de aplicación provisional en los tratados que suscriba la República de Colombia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos concurrentes plasmados en el artículo 224, a saber: i) deben ser tratados de naturaleza económica o

21 La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados entre Estados, regula el tema de las reservas, y dispone: "Artículo 21. Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas. 1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19 20 y 23:

a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma;

b) modificará en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva". De esta forma, la obligación internacional derivada por el Estado que presenta la reserva se modifica, o anula, en el sentido establecido por la reserva realizada, y respecto de los demás Estados partes en el tratado.

22 Asamblea Nacional Constituyente: legajo 255, rollo 7/33, "Comentarios al proyecto de artículo sobre aplicación provisional de tratados", presentado por Guillermo Plazas Alcíd. Sobre el particular, el constituyente Guillermo Plazas Alcíd afirmó, en relación con el requisito respecto del cual el Tratado podría ser aplicado provisionalmente, lo siguiente: "Este es para un tipo de Tratados que por su propia naturaleza requieren de una decisión rápida, no es que excluya la aprobación por parte del Congreso, no la soslaya, simplemente por la naturaleza de la materia que trata, como por ejemplo el Tratado del café o alguna cosa de esas, requiere una aplicación rápida pero no excluye de ninguna manera la aprobación del Congreso, ni excluye otras materias, es sobre asuntos económicos y comerciales exclusivamente".

comercial; ii) deben ser acordados en el ámbito de organismos internacionales y iii) una vez el tratado entre en vigor provisional deberá remitirse inmediatamente al Congreso para su aprobación.

En relación con las situaciones descritas antes y con la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional, en sentencia C-321 del 25 de abril de 2006, manifestó respecto a los efectos del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo siguiente:

Si la reserva colombiana frente al artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 modifica el alcance de la obligación que allí consta en relación con el Estado colombiano, y dicha reserva se encuentra actualmente en vigor, concluye la Sala que es necesario interpretar dicho artículo en forma conjunta con la reserva —por cuanto artículo y reserva configuran el alcance de las obligaciones internacionales colombianas—, de lo cual se deduce que el artículo 25 en cuestión actualmente no surte efectos para Colombia, puesto que la reserva así lo dispuso.

En la medida en que el Gobierno colombiano no retire la reserva, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados entre Estados no obligará internacionalmente al Estado colombiano. No es relevante que en este proceso la Corte se pronuncie sobre su competencia para conocer sobre las reservas formuladas por el Gobierno frente a tratados internacionales, puesto que en este caso la reserva en cuestión no fue objeto de demanda, ni siquiera fue referida su existencia en la demanda que se estudia.<sup>23</sup>

Como corolario, en la sentencia C-249 del 26 de mayo de 1994, se establecen los requisitos y alcances de la aplicación provisional de los tratados de la siguiente forma:

La aplicación provisional no indica que se haga caso omiso del trámite constitucional que cada Estado debe agotar para la aprobación de los Tratados, ya que aquellos no renuncian al derecho y al deber de someter a la aprobación del órgano competente el respectivo acuerdo, pues dicho trámite, a pesar de la aplicación provisional, debe agotarse. Además, cuando se pacta la cláusula de la aplicación provisional, esta queda sujeta a una condición que es la posterior ratificación.

[...]

Es necesario señalar que la Constitución de 1991, consagró expresamente en el artículo 224, la figura de la aplicación provisional de los Tratados, restringiendo su uso a los Tratados de naturaleza económica y comercial. De esta manera y tratándose de estas precisas materias, se podrá pactar la cláusula de aplicación provisional, caso en el cual, el Gobierno debe someter inmediatamente el respectivo Tratado a la aprobación del Congreso. Si el Tratado versa sobre materias distintas a las contempladas en el artículo en mención, y se consagra esta cláusula especial, el respectivo negociador tendrá que hacer uso de la figura de la “reserva”.<sup>24</sup>

23 República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-321 del 25 de abril de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-249 del 26 de mayo de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

Caracterizada la figura de la aplicación provisional de los tratados desde una perspectiva internacional y nacional, procederemos a analizar los casos en los cuales el presidente de la República ha dispuesto de esta prerrogativa. No obstante lo anterior, de manera preliminar se hace evidente que el análisis realizado por la Corte Constitucional se limita al texto del tratado y no sobre los requisitos de procedencia de la figura de la aplicación provisional.

### **3. ANÁLISIS DE LOS TRATADOS QUE SE HAN APLICADO PROVISIONALMENTE, DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL**

Desde la configuración de la Constitución Política de 1991, se han aplicado provisionalmente los siguientes tratados:

- El “Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre Colombia y Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de ambos países”.<sup>25</sup>
- El “Acuerdo de complementación económica —Tratado de Libre Comercio— entre la República de Colombia, los Estados Unidos Mexicanos y la República Bolivariana de Venezuela – Séptimo Protocolo Adicional”.<sup>26</sup>
- El “Acuerdo de alcance parcial de naturaleza comercial entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela”.<sup>27</sup>
- El “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú”.<sup>28</sup>
- Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre Colombia y Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de ambos países.

#### **Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre Colombia y Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de ambos países**

El presente Canje de Notas, es un acuerdo internacional *stricto sensu*,<sup>29</sup> dado que sus elementos, alcances, obligaciones y naturaleza comportan las condiciones

25 Sentencia C-249 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía, “Revisión oficiosa de la Ley 71 de agosto 30 de 1993”.

26 Sentencia C-248 de 2009 y Decreto 4667, del 19 de diciembre de 2005, por medio del cual se aplica provisionalmente.

27 Decreto 1860 del 6 de septiembre de 2012, por medio del cual se aplica provisionalmente – Acuerdo derivado.

28 Ley 1669 del 16 de julio de 2013 y Decreto 1513 del 18 de julio de 2013, por medio del cual se aplicó provisionalmente el acuerdo en ciernes.

29 Sentencia C-249 de 2004: “Las notas diplomáticas se distinguen de los tratados internacionales en sentido estricto, por la sencillez de su creación. Muchos autores coinciden en afirmar que estas se utilizan para concretar asuntos administrativos o de rutina, lo que no es en todos los casos cierto,

naturales de un tratado. Su contenido se refiere a evitar la doble tributación entre las empresas marítimas y aéreas de los Estados partes del Canje de Notas respectivo.

En lo relativo a la aplicación provisional del precitado Canje de Notas, la sentencia C-249 de 1994, dio curso a su análisis de conformidad con la disposición del Canje de Notas que preveía esta figura. Lo anterior en los siguientes términos: *“Este acuerdo entrará en vigor provisionalmente en la fecha de la nota de respuesta de Vuestra Excelencia, y definitivamente en la fecha que los dos Gobiernos se comuniquen haber cumplido en cada país las exigencias relativas a su ratificación”* (énfasis agregado).

Planteando el aparte del texto dentro del Canje de Notas que permite su aplicación provisional, la Corte Constitucional, en la sentencia arriba citada, se avocó por una interpretación amplia del texto constitucional, estableciendo que la aplicación provisional de los tratados, de suyo, podía darse en razón de la importancia que el asunto revista para el Estado colombiano.

En atención a lo anterior, se cita el acápite constitucional referido:

*El fundamento de la aplicación provisional de un tratado está en la importancia del asunto regulado o en la urgencia que para los Estados represente su puesta en práctica [...].*

*En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de 1886 en lo que toca a este tema guardó silencio. Sin embargo, en la Convención de Viena, vigente en Colombia desde 1985, y sobre la cual no se formuló reserva alguna,<sup>30</sup> se consagró la posibilidad de pactar la cláusula de aplicación provisional de los tratados.*

Es necesario señalar que la Constitución de 1991, consagró expresamente en el artículo 224, la figura de la aplicación provisional de los tratados, restringiendo su uso a los tratados de naturaleza económica y comercial. De esta manera, y tratándose de estas precisas materias, se podrá pactar la cláusula de aplicación provisional, caso en el cual, el Gobierno debe someter inmediatamente el respectivo tratado a la aprobación del Congreso. Si el tratado versa sobre materias distintas a las contempladas en el artículo en mención, y se consagra esta cláusula especial, el respectivo negociador tendrá que hacer uso de la figura de la “reserva” (énfasis agregado).

---

ya que algunas notas, como la que aquí se revisa, tratan de asuntos de gran trascendencia, que generan obligaciones para el Estado colombiano, y por lo tanto, siempre deben sujetarse a todo el trámite constitucional propio de un tratado”. Al efecto se recuerda que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé esta forma de tratado en su artículo 2, así: “Se entiende por ‘tratado’ 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” (énfasis agregado).

30 Se resalta este segmento del extracto jurisprudencial en el cual la Corte incurrió en un error al afirmar que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se realizó reserva alguna, situación que como ya se expuso en el presente análisis, no es cierta, toda vez que sí se tiene reserva sobre la aplicación provisional de los tratados. No obstante lo anterior, como se puede apreciar en los diferentes extractos transcritos en el presente documento de esta misma sentencia, se puede evidenciar que si se hace alusión a la reserva del Decreto 3703 de 1985.

Finalmente, la Corte declara que por la naturaleza del instrumento —tratado— el presente Canje de Notas “se ajusta a la Constitución”, por lo cual su aplicación provisional es válida mientras se surten todos los trámites establecidos para su ratificación.<sup>31</sup>

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia referida, basó su interpretación en un criterio amplio respecto de la facultad de aplicar provisionalmente los tratados en dos aspectos: i) en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ii) en el encuadre del anotado Canje de Notas con la República del Brasil en el artículo 224 de la Constitución Política de 1991.

Sobre el particular, se considera que las bases sobre las cuales la Corte Constitucional fundamentó su análisis para validar la aplicación provisional del Canje de Notas en comento, no fueron apropiadas por las siguientes razones:

En primer lugar, el Estado colombiano realizó reserva<sup>32</sup> al artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según obra en el Decreto 3703 de 1985. Con lo anterior, se tiene que para el Estado colombiano, la aplicación provisional de los tratados no era admisible bajo la aplicación de la Constitución de 1886, situación que cambió con el vigor de la actual Constitución, como se expuso *supra*. En consecuencia, y en atención al tratamiento que se le ha conferido a esta figura, es dable suponer que la incorporación realizada en 1991, constituye un régimen excepcional a la regla general de prohibición de aplicar provisionalmente los tratados.

Por su parte, el segundo punto de análisis de la Corte en esta sentencia para validar la aplicación provisional, devino del encuadre de elementos del precitado Canje de Notas en el artículo 224 de la Constitución Política de 1991.<sup>33</sup> Sobre este particular, se considera que la interpretación de requisitos frente al Canje de Notas se realizó de una forma amplia y descuidada, y no restrictiva como debería ser por tratarse de una prerrogativa excepcional.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 224,<sup>34</sup> que expresamente señala, como requisito habilitante, que el tratado que se pretenda aplicar provisionalmente debe, como se expuso en el acápite 2 del presente documento, i) contener

31 Sentencia C-249 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía, “Revisión oficiosa de la Ley 71 de agosto 30 de 1993”, pp. 16.

32 En cuanto al artículo 25, hace la reserva de que la Constitución Política de Colombia no admite la entrada en vigor provisional de los Tratados; en virtud de que corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce la atribución de aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno de Colombia celebre con otros Estados u otras entidades de derecho internacional, en general con sujetos de derecho internacional.

33 Constitución Política de 1991, artículo 240: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar *aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial* acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado” (énfasis agregado).

34 *Idem*.

asuntos de orden comercial o económico y ii) acordarse en el ámbito de un organismo internacional.

En consecuencia, no se evidencia un análisis o una justificación del texto jurisprudencial para dar una aplicación provisional al citado Canje de Notas y, en contraste de profundidad, como se expuso, los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional solo hicieron referencia a la conveniencia nacional o urgencia de dar aplicación al pluricitado Canje.

### **Acuerdo de complementación económica —Tratado de Libre Comercio— entre la República de Colombia, los Estados Unidos Mexicanos y la República Bolivariana de Venezuela – Séptimo Protocolo Adicional**

El Acuerdo en comento tiene la vocación, como su nombre lo exalta, de complementar un tratado ya en vigor entre Colombia, México y Venezuela en todo lo relativo a reglas de origen y partidas, subpartidas y fracciones arancelarias en determinados productos comerciales.

En cuanto a su aplicación provisional, la sentencia: C-248 de 2009 dispuso:

El Gobierno Nacional mediante Decreto 4667 del 19 de diciembre de 2005, dispuso la aplicación provisional del instrumento en ciernes, por cuanto: *(i) se está ante un tratado de naturaleza comercial, (ii) acordado en el ámbito de organismos internacionales como la ALADI y (iii) enviado por el Presidente de la República para la aprobación del Congreso que culminó con la expedición de la Ley 1211 de 2008.*

En el análisis constitucional sobre la aplicación provisional de este Acuerdo, la Corte Constitucional, en primera instancia, analizó el artículo de ese Acuerdo mediante el cual se previó su aplicación provisional,<sup>35</sup> luego lo confrontó con los preceptos constitucionales,<sup>36</sup> que como ya se expuso, permiten excepcionalmente la aplicación de tratados internacionales, bajo el estricto cumplimiento de las condiciones expuestas.

Asimismo, el análisis constitucional reitera el alcance de la aplicación provisional de tratados, argumentando que por la naturaleza excepcional de la figura se trata entonces de una aplicación sujeta a unas condiciones específicas y restrictivas.<sup>37</sup>

35 Artículo 10: “El presente Protocolo entrará en vigor una vez que las Partes se intercambien las comunicaciones que certifiquen que las formalidades jurídicas necesarias han concluido. Lo establecido en el párrafo anterior no impide que Colombia, conforme a su legislación, dé aplicación provisional al presente Protocolo” (énfasis agregado).

36 *Idem.*

37 Sentencia C-248 de 2009: “Las condiciones para hacer uso excepcional de la aplicación provisional de un instrumento internacional se cumplen en este caso por cuanto: i) se está ante un tratado de naturaleza comercial, ii) acordado en el ámbito de organismos internacionales como la ALADI y iii) enviado por

- Acuerdo de alcance parcial de naturaleza comercial entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela

El Acuerdo de alcance parcial de naturaleza comercial entre las repúblicas de Colombia y de Venezuela, es un tratado que surgió por la denuncia de la República de Venezuela al Acuerdo de Cartagena el día 22 de abril de 2006. De acuerdo con el importante comercio que fluye entre los dos Estados, estos se vieron en la necesidad de acordar un nuevo acuerdo que replicara las condiciones de acceso al mercado y de tratamientos preferenciales que se habían pactado en el ámbito de la Comunidad Andina.

Es pertinente indicar que el Acuerdo que se examina fue suscrito el 28 de noviembre de 2011; en ese sentido, se generó la incorporación del Acuerdo a la legislación interna, por medio de su aplicación provisional, mediante el Decreto 1860 del 6 de septiembre de 2012. Posteriormente, fue presentado ante el Congreso de la República, con los números 145 de 2012 – Senado y 329 de 2013 – Cámara.<sup>38</sup>

A efecto del análisis que se está esgrimiendo, y toda vez que el alcance parcial *sub examine*, aún no es objeto de control constitucional,<sup>39</sup> se analizará el Decreto 1860 de 2012, a fin de constatar los elementos habilitantes por los cuales el Ejecutivo tomó la medida excepcional de aplicación provisional de los tratados.

Sobre el particular, se citan los considerandos del aludido Decreto:

CONSIDERANDO:

Que las Partes son miembros signatarios del Tratado de Montevideo 1980. – Por el cual se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).<sup>40</sup>

Que en desarrollo de los Mecanismos previstos en el mencionado Tratado [...] los Gobiernos de la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela han suscrito el Acuerdo de Alcance Parcial el 28 de noviembre de 2011 [...].

Que el artículo 224 de la Constitución Política de Colombia establece que el presidente de la República puede dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan y que el acuerdo prevé en su anexo VI la posibilidad de darle aplicación provisional al mismo por parte de Colombia;

Que es necesario dar aplicación provisional a los compromisos adquiridos en el citado Acuerdo y sus anexos.

---

el presidente de la República para la aprobación del Congreso que culminó con la expedición de la Ley 1211 de 2008".

38 <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/7056/>

39 Constitución Política de 1991, artículo 240, numeral 10º.

40 Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 45 de 1981.

Sobre la base de los considerandos expuestos del Decreto 18601 de 2012, es fácil esgrimir los elementos habilitantes del mandato constitucional, a saber:

- a. El precitado Acuerdo de alcance parcial recae sobre materias comerciales.
- b. Asimismo, se gestó en virtud de las disposiciones del tratado constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración, lo cual permite agotar el requisito en el cual se exige que el tratado que se pretenda aplicar provisionalmente se haya generado en el seno de un organismo internacional.<sup>41</sup>
- c. En el Anexo VI del acuerdo se prevé su aplicación provisional.

### **Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú**

El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú (en adelante el TLC con la Unión Europea), es el más reciente tratado aplicado provisionalmente en el derecho colombiano, vale decir, que el TLC con la Unión Europea fue suscrito en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012.

Por el lado de Colombia, el trámite interno para su aprobación en el Congreso de la República inició en el mes de noviembre de 2012, con el número de Proyecto de Ley 133 de 2012 – Senado y 238 de 2012 – Cámara; este proceso finalizó con la sanción del presidente Juan Manuel Santos, y la expedición de la Ley 1669 del 16 de julio de 2013. Sin embargo, el Acuerdo continúa su trámite ante la Corte Constitucional.<sup>42</sup>

El presidente de la República, mediante el Decreto 1513 del 18 de julio de 2013, dio aplicación provisional al Acuerdo Comercial y se notificó a la Unión Europea el cumplimiento de los procedimientos internos requeridos para tal efecto. Adicionalmente, mediante el mismo Decreto, se tomó la determinación de dar aplicación provisional al Acuerdo a partir del 1 de agosto de 2013.

En merito del análisis que se está adelantando sobre la figura de la aplicación provisional de tratados, y toda vez que no se cuenta con el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el particular, se analizarán los elementos con los cuales el presidente de la República aplicó de manera provisional el Acuerdo en ciernes.

Para el efecto, se citan los considerandos del Decreto 1513 del 18 de julio de 2013:

CONSIDERANDO:

[...] el Gobierno Nacional suscribió el “Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra”, firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012;

41 Constitución Política de 1991, artículo 240.

42 <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=18028>

Que el numeral 3 del artículo 330 del precitado Acuerdo establece la posibilidad de aplicarlo de forma provisional, íntegra o parcialmente. [...]

Que el artículo 224 de la Constitución Política de Colombia, establece que el presidente de la República puede dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan;

Que en el texto del preámbulo [...] las Partes afirman y convienen en desarrollar los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo de Marrakech por el que se funda la Organización Mundial del Comercio; [...]

Que por todo lo expuesto, dará aplicación provisional a los compromisos adquiridos en el citado Acuerdo.

Se desprende de lo anterior, como obra en los considerandos transcritos, una aplicación *sui generis* provisional de tratados. Al efecto, se procederá a examinar todos los elementos característicos de esta aplicación provisional del TLC con la Unión Europea, para así analizarlos individualmente.

- Se trata de un Tratado de Libre Comercio, el cual, de suyo, connota un contenido comercial y económico.
- Establecimiento de la cláusula de aplicación provisional en el Tratado.
- De los casos analizados, es el único que no se aplicó provisionalmente antes de remitirlo al Congreso de la República para su aprobación, por el contrario, este TLC surtió los debates constitucionales propios de esta clase de iniciativas, y se aplicó provisionalmente antes del control automático de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional.
- Asimismo, no se celebró en el seno de una organización internacional en los términos habituales, como los casos de la ALADI, por el contrario, el Gobierno nacional arguyó que el requisito se entendía cumplido, toda vez que las disposiciones del Tratado de Libre Comercio son un desarrollo de las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio, la cual detenta la condición de organismo internacional.

Como se ha desarrollado extensamente a lo largo del presente escrito, no se hará referencia a los elementos de i) un acuerdo de connotación económica, lo cual se hace evidente en un acuerdo como el que se analiza, ii) ni tampoco sobre la existencia de la cláusula que prevea la aplicación provisional, presupuesto necesario y de hecho comprobable sobre el cuerpo del tratado;<sup>43</sup> al efecto, se indica que la cláusula en mención se encuentra consagrada en el artículo 330.

---

43 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú - Artículo 330. Entrada en vigor: "3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, las Partes podrán aplicar este Acuerdo de forma provisional, íntegra o parcialmente. Cada Parte notificará el cumplimiento de los procedimientos internos

No obstante lo anterior, se considera vital para la conclusión del análisis que se expone, detallar lo siguiente:

### **Aplicación provisional después de la aprobación legislativa**

Uno de los puntos novedosos que conllevó la aplicación provisional del TLC con la Unión Europea, es el atinente al aspecto temporal de su aplicación, es decir, si se analiza con detenimiento la creación de la figura, como se explicó detalladamente en el Acápite III del presente estudio, y de su precario desarrollo jurisprudencial es dable inferir los siguientes puntos:

En primera instancia, la aplicación provisional de los tratados, al revestir un carácter excepcional, su interpretación debe ser lo más restrictiva posible<sup>44</sup> y no admite analogías.

Con miras a analizar lo anterior, es pertinente recordar que la norma constitucional que faculta al presidente para aplicar provisionalmente los tratados al estricto tenor literal de esa normativa, es ostensible que esta no autoriza en ningún momento a realizar la aplicación provisional posterior a la presentación del Congreso ni antes del control previo de constitucionalidad. No obstante, también es evidente que nada lo prohíbe; asimismo, la aprobación del Congreso de la República no supone un avallamiento de condiciones fundamentales para que opere la figura.

Como corolario, la enunciación del presente tema obedece a un llamado de atención sobre lo novedoso de esta aplicación posterior a la aprobación legislativa, toda vez que de una lectura en estricta exégesis del cuerpo normativo de la aplicación provisional de los tratados, a falta de alguna otra estipulación sobre el particular que no permita interpretaciones amplias, no se deben realizar interpretaciones en *lato sensu* en esta materia, en razón de su naturaleza excepcional, prerrogativa jurisprudencial ya decantada por parte de nuestras cortes.

---

exigidos para la aplicación provisional de este Acuerdo al Depositario y a todas las otras Partes. La aplicación provisional del Acuerdo entre la Parte UE y un País Andino signatario comenzará el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción por el Depositario de la última notificación por parte de la Parte UE y dicho País Andino signatario.

4. Cuando se aplique provisionalmente una disposición del presente Acuerdo de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, cualquier referencia en dicha disposición a la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo se entenderá como la fecha a partir de la cual las Partes acuerdan aplicar dicha disposición de acuerdo con el párrafo 3”.

Por lo anterior, es de señalar que la aplicación provisional se encuentra consignada en el tratado que se analiza.

- 44 Sentencia C-446 del año 2009, M. P. Mauricio González Cuervo: “la Corte ha insistido en que esta posibilidad de aplicación provisional de los tratados, antes de su aprobación por el Congreso y la revisión de la Corte, *es una excepción al procedimiento ordinario previsto por la Carta en esta materia, por lo cual es de interpretación rigurosa y estricta, y no admite analogías*. Únicamente se puede utilizar esa figura en relación con los convenios económicos y comerciales adoptados en organismos internacionales que así lo dispongan. Además, como lo establece la Carta, tan pronto entre en vigor provisionalmente el convenio respectivo, es deber del Presidente someterlo al Congreso, y si este no lo aprueba, se suspenderá su aplicación” (énfasis agregado).

## ¿La realización del TLC con la Unión Europea conlleva que sea entendido que se realizó en el seno de un organismo internacional?

Al respecto, según se evidencia en los considerandos del Decreto que da aplicación provisional al TLC con la Unión Europea, el Gobierno nacional entiende que, como la República de Colombia y la Unión Europea son miembros fundadores del Organización Mundial del Comercio, y que el TLC desarrolla o profundiza obligaciones ya contraídas en esta Organización, se colige que el TLC en comento se generó en el seno de la citada Organización. Para el efecto de ilustración, se transcribe el apartado indicado:

Que Colombia y la Unión Europea son miembros fundadores de la Organización Mundial del Comercio y que al amparo de los artículos XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 y V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) han decidido profundizar sus relaciones comerciales mediante la adopción del Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012.

Visto lo anterior, conviene efectuar el análisis de la naturaleza jurídica de la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como de los artículos por los cuales se interpreta que el TLC se gestó en el seno de ese organismo internacional.

Sobre el particular, cabe mencionar que la OMC es el resultado del consenso de los Estados Partes del GATT, suscrito en 1947, de crear una instancia encargada de velar por la libertad de los intercambios internacionales.

La OMC, creada mediante el Acuerdo de Marrakech, suscrito el 15 de abril de 1994,<sup>45</sup> fue dotada de personalidad jurídica internacional y previó la creación de los siguientes órganos permanentes: la Conferencia Ministerial, el Consejo General, los Consejos sectoriales, la Secretaría de la OMC.

Sobre el GATT suscrito en 1947 y las sucesivas Rondas Multilaterales, estas:

Son asumidas por la nueva Organización como una suerte de acervo comercial multilateral no institucional al que se añade el plus institucional de la OMC en tanto que organización de gestión y vigilancia del comercio liberalizado: la OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo creador de la OMC, de los nuevos Acuerdos Comerciales Multilaterales y Plurilaterales.<sup>46</sup>

Lo anterior permite definir que la OMC es un organismo internacional que comporta los elementos esenciales citados en el Capítulo II *supra*. La república de Colombia es Estado parte desde el 30 de abril de 1995.

45 Organización Mundial del Comercio (OMC), Textos Jurídicos, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio: Instrumentos Básicos y Documentos Diversos, Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994, [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm#top](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#top)

46 Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, op. cit., p. 474.

En segundo lugar, se analizarán los puntos de contactos legales, en virtud de los cuales se deduce que el TLC con la Unión Europea se entiende creado en el seno de un organismo internacional.

Al respecto, como se evidencia en los considerandos, los Estados signatarios afirman los derechos y las obligaciones existentes entre ellas en el Acuerdo sobre la OMC; en ese sentido, se hace remisión normativa directa a los artículos XXIV del GATT, en los cuales se pueden evidenciar derechos y obligaciones en relación con: i) ámbito de aplicación; ii) reglas para la extensión de beneficios comerciales a los demás Estados signatarios; iii) la obligación de liberalizar y aumentar el comercio entre las Partes; iv) la obligación de informar a los demás Estados parte los actos dispositivos que afecten o tengan relación directa con estos acuerdos; v) definiciones para delimitar el marco de acción del tratado; vi) aseguramiento de cumplimiento interno del tratado.

A su vez, el artículo V del AGCS, en referencia a los procesos de integración económica (como son los TLC) de los Estados parte dispone:

Artículo V  
Integración económica

El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo:

Tenga una cobertura sectorial sustancial,<sup>47</sup> y

Establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:

la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o

la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV bis.

De la lectura de las dos remisiones normativas citadas *supra*, conviene deducir que los acuerdos de la OMC, como el GATT y el AGCS, tienen el carácter de generales, con una clara tendencia a ser homogeneizados por medio de distintos acuerdos de orden bilateral y territorial, tales como, las zonas aduaneras y los tratados de libre comercio. Es así como se puede diferenciar el funcionamiento

---

<sup>47</sup> Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión *a priori* de ningún modo de suministro.

entre los instrumentos citados y, para el caso que nos ocupa, respecto del tratado de libre comercio.

Es pertinente agregar que a diferencia de los tratados de libre comercio, instrumentos como el GATT y el AGCS, tienen un enfoque ascendente y expansivo, en la medida que requieren los Estados miembros compromisos generales y amplios, los cuales pueden profundizarse o restringirse mediante mecanismos bilaterales.

Por lo tanto, en la medida en que las disposiciones referidas no tienen un alcance general<sup>48</sup> toda vez que admiten profundización, a juicio personal, no se da la base para deducir que los tratados de libre comercio concertados entre Estados den lugar a entender que ellos sean un proceso de integración bilateral en el seno o en virtud de ese organismo internacional.

Para efectos de tener más certeza en la interpretación, a manera de generar más claridad, se transcriben apartes de las notas introductoras de la declaración de los Estados miembros de la OMC sobre el “entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994”:

Reconociendo que las uniones aduaneras y zonas de libre comercio han crecido considerablemente en número e importancia desde el establecimiento del GATT de 1947 y que abarcan actualmente una proporción importante del comercio mundial;

Reconociendo la contribución a la expansión del comercio mundial que puede hacerse mediante una integración mayor de las economías de los países que participan en tales acuerdos.

Por lo tanto, no existe referencia expresa en los precitados artículos, ni en la declaración de entendimiento de los Estados parte de la OMC, donde se establezca que los acuerdos de creación aduanera y los que crean zonas de libre comercio sean acuerdos complementarios o que se crean en el seno del aludido organismo internacional.

Lo que establece los precitados artículos es el respeto a la potestad soberana de los Estados de negociar y pactar acuerdos que versen sobre esta materia. De la misma manera, la OMC reconoce el avance bilateral de los compromisos entre los Estados que benefician el comercio internacional, que en los términos en que obra, se puede entender que son instrumentos paralelos, autónomos, independientes pero con una misma finalidad, lo cual no los caracteriza como instrumentos creados bajo el amparo de la OMC.

En consecuencia, se tiene que el desarrollo de instrumentos bilaterales sobre la base de las disposiciones de un acuerdo multilateral de un organismo especializado,

---

48 Los Estados pueden, en virtud de su disposición soberana, listar excepciones a los principios de nación más favorecida.

no da lugar a interpretar que el desarrollo de esos instrumentos bilaterales sea en el marco o en el ámbito de un organismo especializado.

Como se puede constatar, en el TLC con la Unión Europea no es claro que este se haya desarrollado en el seno de ese organismo internacional. Por el contrario como se explicó, la OMC tiene postulados generales, que no permiten claramente dilucidar los acuerdos que se enmarcan en el seno de ese organismo y los que no.

Lo anterior tiene asidero debido a que, por tratarse de una materia excepcional, la interpretación debe ser restringida; en ese sentido, como se explicó, solo con una interpretación muy amplia y descuidada es dable suponer que el TLC con la Unión europea se gestó en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

Como corolario, se tiene que el Gobierno nacional, en procura de aplicar provisionalmente el TLC, realizó una interpretación amplia en cuanto al texto constitucional que permite aplicar los tratados provisionalmente, así como de los postulados de la OMC, para inferir que el tratado objeto de estudio sea entendido en el seno de ese organismo internacional.

#### **4. ANÁLISIS *IN SITU* SOBRE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA**

Hasta este punto, se ha realizado un análisis desde el derecho internacional y desde la jurisprudencia del Estado colombiano sobre la figura de aplicación provisional de tratados en la República de Colombia, establecida en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 224 de la Constitución Política de 1991. Al efecto, es posible en este punto determinar que a la fecha no existe una postura jurisprudencial clara y reiterada respecto de la interpretación de los supuestos normativos establecidos en el artículo 224 de la Constitución Política de 1991 para la aplicación de la analizada figura de aplicación provisional.

En virtud de un texto normativo de rango constitucional diáfano, con unos elementos definidos expresamente, pero cuya aplicación se ha dado por medio de interpretaciones amplias y erróneas a juicio personal, se considera necesario un análisis de los elementos configurativos de esta prerrogativa a fin de analizar su funcionamiento en el sistema legal colombiano.

- Jurisprudencia limitada

Sea lo primero resaltar que conforme las sentencias expuestas, es claro que los pronunciamientos de la Corte Constitucional se han centrado en los textos del tratado internacional o de su relevancia para el Estado, dejando de lado de su análisis constitucional los requisitos habilitantes de aplicación de la anotada figura. De suerte, no existe una línea jurisprudencial definida sobre la materia, lo

que ha conllevado una difusa aplicación de la figura en tratados no homogéneos, contrariando expresamente el texto constitucional del artículo 224.

- La aplicación provisional se configura con excepción a la regla general

Para comprobar este particular, se recuerda que los acuerdos internacionales negociados y adoptados por el Estado colombiano —rama ejecutiva— deben ser aprobados por el Congreso de la República de Colombia —rama legislativa— mediante una ley de la República, trámite que requerirá un control automático y previo por parte de la Corte Constitucional —rama judicial— con miras a determinar su compatibilidad con la norma superior del Estado, vale decir la Constitución Política de 1991.<sup>49</sup>

Según lo anterior, el texto constitucional exige —como regla general— para el perfeccionamiento de los tratados y para su entrada en vigor, el surtimiento de este procedimiento constitucional. Entonces, si se desea activar un mecanismo como el establecido en el artículo 224 de la Constitución Política de 1991, que prevea una aplicación provisional sin el cumplimiento del trámite indicado, esto es, cuando se satisfacen los presupuestos del artículo 224: i) el acuerdo tiene un contenido económico y comercial; ii) el instrumento fue negociado y suscrito en el ámbito de un organismo internacional; iii) el tratado prevé expresamente su aplicación anticipada, se configuraría una excepción a la regla general de surtir el trámite legislativo y judicial.<sup>50</sup>

Conforme lo anterior, al tratarse de una materia excepcional que en cierta medida obvia —en el tiempo inmediato—<sup>51</sup> un trámite por un propósito superior, a juicio

49 Constitución Política de 1991, artículos 189. 2, 150. 16, 224, 226, 241. 10.

50 Corte Constitucional, Auto 288/10: “Desde la perspectiva institucional, la *aprobación de tratados se fundamenta en una tríada orgánica, donde se requiere el concurso activo de las tres ramas del poder público para que el Estado colombiano adquiera válidamente obligaciones internacionales por esa vía.* (i) En primer lugar es imprescindible la intervención del presidente de la República, quien en su calidad de director de las relaciones internacionales tiene la potestad exclusiva y excluyente de tomar la iniciativa para celebrar tratados o convenios con otros Estados o entidades de derecho internacional. Es el Ejecutivo quien directamente o por intermedio de sus delegados puede entablar negociaciones, fijar los términos y alcance de las mismas, avalar o no los acuerdos logrados y, en últimas, suscribir el texto de un tratado o abstenerse de hacerlo. Sin embargo, su intervención es *ad referendum*, en la medida en que debe someter los tratados a la aprobación del Congreso (art. 189-2 CP). (ii) En segundo lugar, la Constitución exige la intervención de la rama legislativa del poder público. Como laboratorio de la democracia y foro político por excelencia, al Congreso de la República corresponde ‘aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional’ (art. 150-16 CP). (iii) En tercer lugar, la intervención de la rama judicial se desarrolla por intermedio de la Corte Constitucional, a quien compete ejercer el control de constitucionalidad de los acuerdos celebrados, como condición previa a la manifestación del consentimiento por el presidente de la República y con ello la adquisición formal de nuevos compromisos internacionales (art. 241 CP). (iv) Finalmente, con posterioridad a la revisión de constitucionalidad, el presidente interviene de nuevo a efecto de proceder a la ratificación del tratado, lo que desde luego ejerce de manera autónoma, reafirmandose entonces su calidad de director de las relaciones internacionales” (énfasis agregado).

51 Es menester precisar que el efecto jurídico de la activación del artículo 224 de la Constitución de 1991, no es evitar el trámite constitucional para la ratificación de los tratados en nuestro derecho

personal, el cotejo de sus elementos para su aplicación se debe realizar en la más estricta exégesis y no como se ha realizado en las distintas jurisprudencias citadas en el presente artículo.

- Elementos ambiguos configuran los supuestos para aplicar provisionalmente un tratado

Una vez caracterizados los elementos para dar aplicación provisional a los tratados, ha surgido por la no homogénea aplicación de esta figura, un entendimiento erróneo o impreciso sobre su aplicación. Al efecto, conviene precisar que de los tres elementos, el requisito de que el tratado haya sido *negociado y suscrito en el ámbito de un organismo internacional*, presupone una gran dificultad práctica para generar una homogénea y pacífica aplicación de la figura, lo cual permite preguntarnos: si lo anterior configura un requisito esencial para dar curso a la aplicación provisional, ¿cuál es la justificación de que en los tratados de naturaleza económica que se den en el seno de un organismo internacional sí se dé aplicación provisional, y sobre los que se realicen de manera bilateral no? ¿No convendría mejor seguir un criterio como el internacional, y dejarse abierto a la mera potestad del Estado? O, por el contrario, determinarse una serie de elementos que sean eficaces a la hora de ejercer una prerrogativa excepcional como la referida figura de aplicación provisional con los cuales efectivamente se constaten ciertas condiciones para su aplicación.

Finalmente, a juicio personal, una vez decantados los fallos jurisprudenciales y los requisitos para aplicar provisionalmente un tratado, se considera que los requisitos no son un reflejo de una media excepcional controlada, tanto es así, que en las sentencias analizadas no hay un factor común decantado sobre su aplicación, en un caso se justificó la aplicación provisional por la importancia de la materia, en otros casos se cumplieron los requisitos del artículo 224, y en otro caso de realizó una interpretación extensiva a fin de encuadrar un tratado bilateral, por medio de extensiones normativas erróneas, dentro de un organismo internacional. Por lo cual es necesario un análisis formal de esta figura a fin de delimitarla o ajustarla a las reales necesidades del Estado colombiano.

## 5. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, es dable formular las siguientes conclusiones:

- a. La aplicación provisional de los tratados es una potestad que tienen los Estados para ejecutar los derechos y las obligaciones de un instrumento internacional sin que el mismo haya entrado en pleno vigor. Situación establecida y regulada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

---

interno, sino su fin y efecto son prorrogarlo en el tiempo, permitiendo que estos tratados sean aplicados antes de haberse ratificado.

- b. El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados no surte efectos dentro del ordenamiento nacional por cuanto la reserva formulada por el Estado colombiano se encuentra actualmente vigente, de suerte que, como se ha evidenciado en el presente estudio, para el momento de su realización la reserva efectuada por el Estado colombiano tenía pleno sentido en razón de que la Constitución que regía para la época así lo disponía —Constitución Nacional de 1886—. No obstante, como se ha comprobado en la práctica, esa reserva no tiene un sentido para su existencia y su vigencia en la actualidad, toda vez que la aplicación provisional de los tratados no solo es un área de actualidad en el estudio del derecho internacional, sino que también es una figura utilizada frecuentemente en el derecho interno.

En razón de lo expuesto, es preciso que se revise por parte del Gobierno nacional el retiro de esta reserva al artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sobre la base de que no es completamente armónica con la actual Constitución Política de 1991, ni con la práctica del Estado colombiano en esta materia.

- c. El artículo 224 de la Constitución Política establece la posibilidad de pactar una cláusula de aplicación provisional en los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el marco de organismos internacionales. La decisión sobre la aplicación provisional de un tratado que cumpla con estos requisitos se encuentra en cabeza del presidente de la república.
- d. Se analizaron cuatro casos de aplicación provisional desde la vigencia de la Constitución de 1991, en los cuales se encontraron diferentes interpretaciones sobre cómo aplicar la aludida figura. La jurisprudencia sobre este particular es limitada y no es homogénea; de tal suerte, es necesario que el Gobierno nacional revise los requisitos de aplicación de esta figura dado que, a juicio personal, los mismos no comportan un sentido lógico de aplicación ni sirven como un parámetro efectivo para aplicar la figura en razón de lo ambiguo de algunos de sus elementos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Plazas Alcid, G., *Comentarios al proyecto de artículo sobre aplicación provisional de tratados*, Asamblea Nacional Constituyente: Legajo 255, Rollo 7/33.

Silva, I., “Introducción al Riesgo País”, Documento ocasional, 0802, Banco de España.

Díez de Velasco, M., *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2010.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, 2 ed., United Nations Conference on Trade and Development.

Organización de las Naciones Unidas, *Cláusulas finales de tratados multilaterales*, 2003.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Trade and development Report*, 2011.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-294 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-369 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-321 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-248 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-446 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de la República de Colombia, Auto-Demanda de inconstitucionalidad.

Auto 288/10. Sala Plena. Presidente: Mauricio González Cuervo.

## **Normativa**

Constitución Política de Colombia de 1991.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.