

Constitución, Tratado de Libre Comercio Andino – Estados Unidos, Comunidad Andina

MARCEL TANGARIFE TORRES

RESUMEN

El presente escrito pretende hacer algunas reflexiones acerca de las relaciones jurídicas existentes entre la Constitución Política, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC), y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En esta oportunidad se recogerán algunos planteamientos hechos por el autor en publicaciones anteriores, con las actualizaciones, ampliaciones y precisiones que surgen de un proceso tan dinámico como el de la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales. El autor pide excusas por citar algunos trabajos suyos, pues existe un gran vacío de doctrina especializada sobre la materia, vacío que ojalá sea llenado con prontitud.

Palabras clave: Constitución Política, tratado de libre comercio, internacionalización, integración, apertura económica, principios constitucionales, libre competencia.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LOS TLC

A. Internacionalización e integración

La Constitución Política constituye el fundamento principal para la profundización y el desarrollo de las relaciones económicas y comerciales en el ámbito internacional, mediante la celebración de tratados o acuerdos de integración. Para efectos de comprender el mandato constitucional en este sentido, es necesario hacer referencia a los conceptos de internacionalización e integración, plasmados en la Carta Política.

(i) **Internacionalización:** La Constitución Política de 1991, utiliza la expresión "internacionalización" de las relaciones económicas para referirse a la participación del país en el proceso de globalización de la economía y del comercio a través de tratados internacionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 226¹.

El tratado que promueve la "internacionalización" de las relaciones económicas y comerciales a nivel global es el Acuerdo de Marrakech (Marruecos) por el que surge la Organización Mundial del Comercio – OMC en 1994, tratado incorporado a la legislación colombiana mediante Ley 170 de 1994, y declarado constitucional mediante sentencia C-137 de 1995. Según la Corte Constitucional, el Acuerdo de Marrakech es un instrumento "marco" del comercio internacional que debe ser respetado por Colombia y por los países miembros de la OMC que suscriban tratados de libre comercio o en general "acuerdos o convenios de integración". A este tratado se hará referencia más adelante.

La globalización comercial es un hecho que marcará el siglo XVI, y se puede definirse como el fenómeno de integración de los pueblos del mundo, que obedece a la reducción de costos de producción, comunicación y transporte y al desmantelamiento de barreras artificiales de flujos de bienes, capitales, conocimientos y personas.² Actualmente es casi unánime la posición de la doctrina a favor de la apertura externa; así lo plantea la OMC que sostiene que las barreras comerciales equivalen a un impuesto cuya reducción aumenta la renta disponible de los consumidores.

Esta tendencia hacia la globalización se refleja en la importancia de la OMC, la cual ha intentado avanzar en procesos de negociación para seguir rompiendo barreras en el comercio internacional; por ejemplo, a través de la Ronda de Doha, que inició en el año 2001 y se esperaba culminara en el año 2004 con un acuerdo que liberalizara el comercio en materia agrícola, industrial y de servicios. Sin embargo, hoy, en el año 2007, no ha sido posible la suscripción de ningún

acuerdo, debido a la dificultad de conciliar los intereses de los grandes bloques económicos entre sí y en relación con los intereses de los países subdesarrollados en temas tan sensibles como la liberalización del comercio agrícola, entre otros.

La globalización, por supuesto, se refleja en el comercio internacional, el cual se ve condicionado no solamente por las fluctuaciones de precios de las materias primas, sino también por las consecuencias del "capitalismo global", donde el comportamiento del flujo de capitales afecta dicha realidad, y por la internacionalización de los procesos productivos, en los cuales las empresas multinacionales se encuentran a la vanguardia.

(ii) **Integración:** Asimismo, la Constitución Política promueve la "integración" con las demás naciones³, y de manera especial, que no preferente, con los países latinoamericanos y del Caribe (Preámbulo, artículo 227), como un instrumento para fortalecer al país y disminuir su vulnerabilidad en el proceso de "internacionalización" o de globalización de la economía, a través de la celebración de tratados o convenios con dichos países, con quienes se tiene afinidad geopolítica, comercial, territorial y cultural, tal como lo quiso la Asamblea Nacional Constituyente de 1991⁴.

De ahí la importancia de la evolución del modelo de integración andino, como desarrollo de la voluntad del Constituyente, así como de otros acuerdos comerciales suscritos con países latinoamericanos como el G-3 con México y Venezuela⁵, del Acuerdo de Complementación Económica con MERCOSUR, del Acuerdo de Complementación Económica con Chile, de la negociación del TLC con los países del Triángulo del Norte de Centroamérica (Honduras, El Salvador, Guatemala), entre otras.

De acuerdo con la Constitución Política, podría afirmarse que la internacionalización (artículo 226) corresponde a la globalización, y la integración a la forma de participar en aquella a través de la celebración de tratados comerciales (artículo 227).

El artículo 3.2 del Acuerdo de Marrakech establece que *"La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo"*, es decir, promueve la *"internacionalización"* de dichas relaciones a través de los acuerdos multilaterales (obligatorios para sus miembros) y plurilaterales (opcionales para sus miembros, aunque una vez se adhieren a estos tienen todas sus consecuencias jurídicas).

Por su parte, los artículos 24 y 25 del Tratado de Montevideo de 1980 establecen que los países miembros pueden suscribir acuerdos comerciales entre ellos, y con países no miembros y áreas de integración económica de América Latina, lo que confirma la posibilidad de que se promueva la *"integración"* regional y la integración fuera de ella.

Desde la perspectiva de la Comunidad Andina, que es respetuosa del Acuerdo de Marrakech y del Tratado de Montevideo del que son parte sus países miembros, se puede afirmar que este organismo de integración debe permitirles apoyarse mutuamente para lograr enfrentar los siguientes retos:

– Una fuerte y profunda liberalización del comercio y de las inversiones que se realice por medio de normas supranacionales tendientes a alcanzar un mercado común y una mayor capacidad competitiva para sus mercados.

– Una creciente interdependencia de los mercados físicos: como consecuencia de la liberalización del comercio, la revolución del transporte y del constante incremento del comercio y de los flujos financieros.

(iii) Apertura económica: Es necesario diferenciar el concepto de globalización del comercio respecto del concepto de apertura comercial.

En un sentido amplio, la apertura económica corresponde a la decisión política de un Estado de adoptar las medidas encaminadas a participar en el proceso de globalización de la economía y del comercio. En un sentido más restringido, el concepto de apertura, como lo señala el doctor JORGE HERNÁN CÁRDENAS en su artículo *"Empresarios Colombianos en Medio de la Globalización e Integración hemisférica"*⁶ hace referencia a la reducción de barreras arancelarias y no arancelarias y a la modernización de infraestructuras para el cumplimiento de estos fines, la globalización por su parte se refiere a la colocación de productos y servicios en mercados de otros países y a la coordinación de actividades productivas.

Así, se puede afirmar que la Constitución de 1991 adoptó como política general del Estado la apertura de la economía y del comercio, plasmando en el texto constitucional diversas normas encaminadas e imponer al Estado el deber de promover su participación en la globalización o internacionalización de la economía y del comercio, a través de la celebración de tratados internacionales con las demás naciones, y especialmente con los países latinoamericanos y del Caribe, sin excluir las relaciones con cualquier otro país del mundo que se considere relevante.

B. Fines esenciales del Estado y fines de los TLC

Los fines esenciales que la Constitución Política establece al Estado colombiano, se encuentran en su artículo 2, y dentro de ellos se encuentran los siguientes:

(i) Promover la prosperidad general: La prosperidad general, como fin esencial del Estado, corresponde a uno de los principios fundamentales que orientan a la Constitución de 1991, y que sirven de fundamento para la interpretación de las demás normas constitucionales, como aquellas que consagran la internacionalización de las relaciones económicas del Estado.

El fin esencial del Estado de promover la prosperidad general, está íntimamente ligado al objetivo que debe orientar la celebración de tratados internacionales de libre comercio e integración económica por Colombia, como es el de lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de todas las personas.

Como sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-519/94 la obligación estatal del mejoramiento de la calidad de vida es un propósito central del Estado colombiano que se logra, entre otros, mediante la intervención del Estado en la economía, el control y regulación de la calidad de bienes y servicios y la búsqueda de satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Esto implica que las autoridades negociadoras de los tratados comerciales deben procurar que los compromisos que adquiera el Estado colombiano promuevan este fin esencial.

(ii) Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. Tanto el Preámbulo como los artículos 2, 9, 150#16, 224 a 227, entre otras disposiciones constitucionales, establecen un marco

normativo que deja en evidencia el interés del Constituyente de 1991 de promover la internacionalización de las relaciones económicas del país. Como ha establecido la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos⁷, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, las autoridades de la República y el Estado deben propender por el respeto y la efectividad de los derechos y deberes constitucionales.

Lo anterior tiene incidencia directa en la mencionada internacionalización, que se erige como deber constitucional del Estado, y como propósito de los TLC, también es deber constitucional que este tipo de tratados propendan por el respeto y la efectividad de los demás principios, derechos y deberes constitucionales. El Preámbulo del TLC ha recogido muchos de esos elementos constitucionales que constituyen el objeto de las garantías del Estado colombiano.

De esta forma, el TLC aborda temas como el respeto de los derechos y garantías en asuntos laborales, ambientales, de transparencia y moralidad administrativa, y seguridad jurídica, entre otros. Todos estos derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de Colombia y desarrollados en amplitud por la jurisprudencia constitucional, evidencian el trabajo de los negociadores por hacer prevalecer y asimismo desarrollar las disposiciones constitucionales.

(iii) Facilitar la participación de todos en vida económica de la Nación. También es fin del Estado, según el artículo 2 de la Constitución, facilitar la participación de todas las personas en la vida económica de la Nación. Lo anterior es fundamental para entender la posibilidad de que los particulares participen en el proceso de negociación

de los tratados de libre comercio, dando sus aportes al Equipo Negociador manifestando sus intereses y preocupaciones.

(iv) Defender la independencia nacional. La defensa de la independencia nacional es un fin que, en materia de tratados de libre comercio, se traduce en el ejercicio soberano del poder del Estado de negociar autónoma y libremente con otro u otros estados, y de adquirir derechos y contraer obligaciones en el contexto del derecho internacional.

C. Principios que regulan las relaciones exteriores aplicables a la negociación del TLC

Al analizar la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede afirmar que los siguientes son algunos de los más importantes principios que regulan las relaciones exteriores, y son aplicables a la negociación de los tratados de libre comercio:

i) Soberanía relativa del Estado al suscribir tratados de libre comercio. La Constitución Política en sus artículos 3 y 9 establece que las relaciones exteriores de Colombia se fundamentan en la soberanía nacional, entre otros aspectos, que la soberanía reside en el pueblo, y que de ella emana el poder público⁸.

Nótese que el artículo 3 hace referencia al concepto de soberanía popular y el artículo 9 al de soberanía nacional. Sobre este aspecto, un sector de la doctrina sostiene el siguiente criterio, que es compartido por el autor: *"Consideramos que la consagración de la soberanía como atributo del pueblo y no de la Nación, representa un cambio de efectos simplemente formales, si se atiende al hecho de que la nación no es otra cosa que un pueblo que actúa como comunidad política-*

*mente autónoma en el marco de su propia circunstancia histórica."*⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido ampliamente el concepto de soberanía de la siguiente manera: Como fórmula política que implica derechos y obligaciones y cuyo principal titular es el individuo y como una garantía de independencia del Estado, en el sentido en que se encuentra libre de injerencia y subordinación por parte de otro poder, lo que implica la posibilidad de modificar y definir el régimen legal vigente y la igualdad soberana de los Estados o libre determinación de los pueblos¹⁰.

Es interesante analizar el criterio de la Corte Constitucional respecto al concepto de soberanía como *"una garantía de independencia del Estado"*, al considerarlo libre de injerencia y de subordinación o dominio por parte de otro Estado, de otro poder. En ese sentido, se puede afirmar que la Corte Constitucional armoniza esta acepción de soberanía con la finalidad esencial del Estado de defender la independencia nacional, especialmente en lo que tiene que ver con el concepto de soberanía contenido en el artículo 9 de la Constitución Política y con el principio de autonomía de los pueblos que esta última norma también consagra.

En el mismo sentido la Corte Constitucional mediante Sentencia C -621 de 2001 señaló que el concepto de soberanía moderno obedece al acelerado desarrollo de las relaciones internacionales y de las necesidades de la comunidad internacional, por lo que constituye no solo una garantía de independencia sino también, se erige como el pilar fundamental de las relaciones internacionales. Dentro de este contexto, para la Corte, la soberanía tiene las siguientes características:

i. Es garantía de independencia frente a otros Estados.

ii. No se ve comprometida por la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales a la vez que no constituye justificación para incumplir las que se hayan adquirido.

iii. Su ejercicio de está sometido, simplemente al derecho internacional y no al poder de otro Estado.

En el año 2004 la Corte Constitucional mediante sentencia C-644, agrega un elemento adicional a la soberanía: La estrecha relación entre la soberanía y la independencia del Estado, relación que se explica en virtud de que la independencia del Estado no puede entenderse sin la presencia de la soberanía, la cual de manera interna significa, la imposición del poder del Estado sobre los demás poderes, y en el plano internacional significa, que todos los Estados se encuentran en condiciones de igualdad en el ámbito internacional, en tanto son sujetos de derecho. Es claro que el respeto a la soberanía y al principio de autodeterminación de los pueblos es fundamento esencial del proceso de internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas.

Es importante mencionar que, el concepto de soberanía como garantía de independencia del Estado aplicada a la internacionalización de las relaciones económicas y a la participación de Colombia en tratados de libre comercio y de integración, se convierte en una noción relativa, pues el Estado en muchas ocasiones cede libremente competencias propias de sus órganos internos a órganos constituidos en el marco de tratados de esta naturaleza. Por el contrario, la celebración de tratados o acuerdos internacionales en los que el Estado adquie-

re compromisos, no es más que su expresión de la voluntad plena, como sujeto de derechos y obligaciones en el marco del derecho internacional de vincularse jurídicamente a otros estados u organismos de derecho internacional público; esa misma expresión de voluntad es la que sirve de fundamento para que el Estado no se aparte del cumplimiento de las obligaciones válidamente adquiridas mediante tratados de libre comercio y de integración económica, que es la materia que ocupa este análisis.

En virtud de la soberanía que ejerce el Estado al suscribir tratados de libre comercio o de integración económica, se obliga a Colombia a cumplir aquello a lo que se compromete, tal como lo dispone el principio *pacta sunt servanda*¹¹ contenido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la que es parte Colombia.

Esta soberanía, como ya se advirtió, corresponde a una noción nueva según la cual el Estado, libremente, se obliga internacionalmente a subordinarse, en virtud de tratados internacionales, a obligaciones que adquiere en el marco del derecho internacional constituyendo, en materia de integración económica y comercial, organismos multilaterales a los cuales transfiere competencias legislativas, ejecutivas y judicialmente que normalmente corresponderían al Congreso, al Gobierno Nacional y a la Rama Judicial. Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Andina, organismo multilateral que en determinadas materias tiene competencia legislativa, ejecutiva y judicial.

ii) Principio de autodeterminación de los pueblos. Este principio, reconocido expresamente por el artículo 9 de la Constitución Política, alude al derecho que tiene el Estado colombiano de resolver sus asuntos,

por su propia decisión, sin injerencia de otro u otros estados o grupos de presión, como se indicó en el aparte precedente. En el análisis de los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, la Corte Constitucional alude generalmente a este principio, aunque no ha entrado a analizar a profundidad su contenido y alcance. Sin embargo, en la sentencia C-176 de 1994, la Corte reconoció que se trata de un principio universalmente reconocido y necesario para la armonía de los estados en el ámbito internacional, en virtud del cual cada Estado debe resolver sus asuntos de manera soberana e independiente frente a otros Estados u organismos de derecho internacional.

La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 11 establece como derecho de los Estados el de la libre determinación, con el fin de fomentar las relaciones de amistad, sobre bases de igualdad, entre los Estados. La doctrina sintetiza de manera interesante el contenido de este principio en el contexto internacional, señalando: i) que se trata de un principio básico de derecho internacional, ii) que es derecho imprescriptible e inalienable de todos los pueblos.¹²

El principio de autodeterminación de los pueblos resulta aplicable a la suscripción, aprobación y ratificación de tratados de libre comercio y de integración económica y comercial.

(iii) Reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia: Un sector de la doctrina critica el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente hubiera adoptado, en el artículo 9 de la Carta, la fórmula de acudir a la figura ambigua de señalar que las relaciones internacionales se fundamentan en el “reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”¹³.

Aunque esta crítica resulta acertada; la figura de remisión a los principios de derecho internacional aceptados por Colombia es de gran utilidad en la evolución de las disciplinas jurídicas involucradas en el comercio internacional. Por lo anterior, la remisión hace que los principios de derecho internacional a que se refiere la Constitución sean los actualmente aceptados, y los que se acepten en el futuro.

Los principios del derecho internacional más importantes, aceptados por Colombia, y que resultan aplicables a la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales, son los siguientes:

- **Principio de buena fe.** Este principio es fundamento de la armonía, equilibrio y confianza en el desarrollo de las relaciones internacionales, en la aplicación de tratados internacionales, y por supuesto, en aquellos que corresponden a acuerdos de libre comercio o de integración económica o comercial. La Corte Constitucional define el principio de buena fe como “el deber de obrar honesta y desprevénidamente en el marco de unas relaciones de mutua confianza, de tal manera que sometidos todos al orden jurídico y dispuestos a cumplir sus disposiciones con rectitud, no hay motivo alguno de recelo”¹⁴.

En virtud de este principio se debe esperar que en la etapa de negociación y de suscripción de un tratado de libre comercio o de integración económica o comercial, los Estados negociantes actúen con el ánimo de obtener un resultado favorable para sus habitantes, bajo la óptica de la prosperidad general y del mejoramiento de sus condiciones de vida; pero sin agenda oculta o sin tratar de obtener ventaja ilícita o injusta del otro o de los otros Estados.

En vigencia de los tratados este principio indica que los Estados, sus autoridades

y sus habitantes, deben estar en capacidad de hacer efectivos los derechos que de ellos se derivan así como tienen el deber de cumplir con las obligaciones emanadas de los mismos.

Acerca del principio del derecho internacional de buena fe, la Corte Constitucional ha dicho que "*Este principio asegura la cohesión del derecho internacional a partir del supuesto de la unidad del ordenamiento.*"¹⁵ En otro de sus pronunciamientos la Corte Constitucional sostuvo que "*Se trata de un principio ético y de derecho que se impone a los Estados, independientemente de toda convención.*"¹⁶

En este sentido señala la Corte que se trata de un principio indispensable para la obtención de la seguridad internacional, que limita el poder discrecional de los Estados, que constituye norma general para la interpretación de los tratados, para garantizar la igualdad de los Estados y el respeto de los compromisos adquiridos.

Siguiendo lo señalado por la Corte, en materia de integración económica y comercial, los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina buscan asegurar el cumplimiento por parte de las autoridades de los Países Miembros, de buena fe, de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino.

• **Principio *pacta sunt servanda*.** La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, así como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, aprobada mediante Ley 406 de 1997, en sus considerandos advierten expresamente que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y el principio *pacta sunt servanda* están uni-

versalmente reconocidos. Este principio es claro; al suscribir un tratado internacional, Colombia se compromete a cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, y debe hacerlo de buena fe, tal como se lo ordena la propia Constitución en los artículos 9 y 83 y como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹⁷.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-400 de 1998, hace la salvedad de que la Constitución Política prevalece sobre el contenido de los tratados, salvo el caso de los tratados sobre derechos humanos y los tratados sobre límites, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta. Dicha prevalencia implica la imposibilidad de aplicar un tratado contrario a la Constitución, por lo que en estos casos, para efectos de preservar el principio *pacta sunt servanda*, las autoridades políticas deben modificar los compromisos internacionales a fin de ajustarlos a la Carta, o en su defecto, ajustar la Carta para adecuarla a nuestras obligaciones internacionales.

El principio *pacta sunt servanda* debe aplicarse también a los tratados de libre comercio y de integración económica, pues de ellos también se derivan un conjunto de obligaciones que deben ser cumplidas, de buena fe, para evitar situaciones de reclamaciones por responsabilidad internacional derivada de su inobservancia.

• **Principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional:** La Asamblea Nacional Constituyente dio gran importancia a la inclusión de varias normas constitucionales que versaran sobre las relaciones exteriores de Colombia, y especialmente en materia de internacionalización de sus relaciones económicas y comerciales mediante la suscripción de tratados de esta naturaleza, y el traslado de competencias propias de los

órganos del poder internos a organismos creados en virtud de esta clase de tratados. Así se expresó en la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate¹⁸.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada y constante en promover la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales del Estado. De acuerdo con dicha Corporación, la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales del Estado se fundamenta en los artículos 226 y 227 de la Constitución y debe tener como fundamento la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional en la búsqueda de la integración económica, social y política con las demás naciones del mundo¹⁹.

Asimismo, los artículos 150#16, 226 y 227 de la Constitución Política hacen referencia a los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, que puede afirmarse, son indeterminados pues hasta ahora no han sido objeto de un desarrollo amplio por parte de la Corte Constitucional o de la legislación colombiana.

A pesar que los artículos constitucionales precitados repiten los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, dentro del carácter reglamentario de la Constitución de 1991 y del propósito de enfatizar los temas relativos a la inserción de Colombia en el proceso de globalización en sus diferentes aspectos, ello ocurre en tres contextos diferentes, pero directamente relacionados, que bien habría podido sentarse como principio general para el manejo de las relaciones internacionales del país:

- En el artículo 150#16 se permite la expedición de leyes aprobatorias de tratados para transferir parcialmente atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración

económica con otros Estados, como es el caso de la Comunidad Andina. Dicha transferencia de atribuciones debe darse dentro de los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

- En el artículo 226 los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional se invocan para todos los aspectos relacionados con la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, en un contexto más amplio que el indicado en el literal anterior:

- En artículo 227 dichos principios se circunscriben a la promoción y suscripción de tratados de integración económica, social y política, agregando como principio para la celebración de estos tratados el de igualdad.

Es oportuno mencionar que el organismo de integración económica más avanzado al que pertenece Colombia es la Comunidad Andina, a pesar de que muchos sectores del Estado y del sector privado consideran que su importancia es relativa. En efecto, se trata de un organismo multilateral de integración conformado por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y hasta hace poco por Venezuela, con más de treinta y cinco años de existencia y que, para muchos sectores académicos es el segundo esquema de integración económica y comercial más avanzado del mundo, después de la Unión Europea, a la que emula institucionalmente.

Los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, analizados con fundamento en lo dicho anteriormente y desde la perspectiva de los tratados de libre comercio, condicionan los siguientes aspectos de este tipo de tratados:

• **Principio de equidad.** Según este principio, un tratado de libre comercio debe

ofrecer un trato que garantice una situación jurídica y comercial en condiciones de equilibrio para los oferentes de bienes y servicios de los Estados miembros del correspondiente tratado, a pesar de las diferencias reales que puedan existir entre sus economías y comercio internacional.

Este principio es fundamento para que en tratados de libre comercio y de integración económica en el que existan diferencias significativas en los niveles de desarrollo de los Estados miembros se consagren normas que ofrezcan "*trato especial y diferenciado*"²⁰, esto es, que se puedan pactar cierto tipo de tratamientos más favorables para un Estado de inferior nivel de desarrollo respecto del Estado con mayor nivel de desarrollo.

• **Principio de reciprocidad.** De conformidad con este principio, los tratados comerciales internacionales deben fundamentarse en condiciones que permitan el beneficio mutuo de los Estados miembros. Además, se funda en el hecho de que lo que se pide se da y lo que se recibe se ofrece. No se pueden concebir tratados bilaterales y multilaterales en los que los beneficios sean para uno de los Estados miembros a cambio de poco o nada, o que determinadas concesiones operen a favor de un Estado y en detrimento de otro, en el caso de los tratados bilaterales. Según la Corte Constitucional la reciprocidad consiste en la exigencia de ventajas para otorgar concesiones, criterio que merece un mayor desarrollo jurisprudencial²¹.

• **Principio de conveniencia nacional.** Según este principio los tratados deben adoptarse consultando los intereses propios de la Nación, que no necesariamente corresponden a los intereses de determinados sectores económicos que operan en el mercado local. El principio de conveniencia

nacional debe tener, a juicio del autor, como fundamento primordial la búsqueda de la prosperidad general y el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, como ya se explicó.

• **Principio de igualdad de trato.** El artículo 13 de la Constitución Política establece el principio y el derecho fundamental de igualdad de la siguiente manera: El primer inciso del artículo constitucional establece como derecho fundamental la igualdad de trato por parte de las autoridades y la garantía de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de origen nacional o de cualquier índole. Los incisos siguientes establecen la obligación del Estado de lograr su efectividad, la posibilidad de establecer concesiones para proteger a los grupos marginados o personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta y, el deber de sancionar los abusos y maltratos que se cometan contra estas personas. Adicionalmente, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la igualdad de trato tiene estrecha relación con la igualdad sustancial y con la igualdad de oportunidades²².

El artículo 13, analizado de la manera precedente, se convierte en el fundamento constitucional del principio de igualdad de trato, el cual incorpora los derechos de las personas, naturales y jurídicas, de origen extranjero, a quienes no se les puede discriminar por razón de su nacionalidad ni de la procedencia territorial de su capital.

El principio de igualdad de trato, reconocido ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se constituye en la base constitucional para la admisión en Colombia del principio de "*trato nacional*", tan común en tratados de libre co-

mercio y de integración económica, como se explica a continuación.

- Igualdad de trato a los extranjeros.

La igualdad de trato contenida en el artículo 13 de la Constitución Política, es complementada, respecto a los derechos de los extranjeros en Colombia, por el artículo 100 de la Carta, que establece como principio, en desarrollo de lo previsto en su propio artículo 13, la igualdad de trato en materia de derechos civiles y el respeto de las garantías constitucionales para los extranjeros en Colombia. Esta relación del artículo 100 y el artículo 13 de la Constitución ha sido expresamente señalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-347 de 2004.

El principio de igualdad de trato, referido a los derechos de los extranjeros en Colombia, se aplica tanto a personas naturales como jurídicas extranjeras. Como muchas constituciones modernas, el artículo 100 de la Constitución Política establece que, la ley de manera excepcional y por razones de orden público, podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, y limitar ciertas garantías constitucionales. La limitación a los extranjeros en el ejercicio de sus derechos, libertades y garantías fundamentales consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, únicamente puede darse a través del Congreso de la República, mediante ley estatutaria (art. 152 de la Constitución). De otra parte, mediante ley ordinaria, el Congreso podrá limitar los demás derechos y garantías de tipo civil de que gocen los extranjeros.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que los tratados de libre comercio y de integración económica que establezcan

la igualdad de trato recíproca a los extranjeros del otro u otros Estados parte del mismo tratado, tiene pleno sustento constitucional en Colombia, al igual que el principio de trato nacional. Acerca de los derechos de los extranjeros en Colombia y de la igualdad de trato que les garantiza la Constitución.

• **Principio de trato nacional.** El principio de trato nacional, adoptado en numerosos tratados de libre comercio y de integración económica, busca equiparar en condiciones de igualdad jurídica en el trato que se da en territorio nacional a los nacionales, respecto a los nacionales del otro u otros Estados miembro del correspondiente tratado. Se trata pues, de un principio que desarrolla la igualdad contenida en los artículos 13 y 100 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional, al analizar este principio en diversas sentencias de estudio sobre leyes aprobatorias de tratados, ha manifestado que el principio de trato nacional sirve como base fundamental de los convenios internacionales, y especialmente aquellos de contenido económico y comercial, "*como mecanismos para dar igualdad de trato a nacionales y extranjeros, reconociendo expresamente su constitucionalidad*"²³.

En ese sentido, la Corte Constitucional aclara que el alcance del principio de trato nacional se constituye en un desarrollo lógico del principio de reciprocidad, que conforme a las normas constitucionales, es uno de los pilares fundamentales para que el Estado colombiano negocie tratados de libre comercio y de integración económica, además de respetar la igualdad de trato a los nacionales²⁴.

El principio de trato nacional implica que, en virtud de un tratado internacional, especialmente cuando corresponde a un

tratado de libre comercio o de integración económica o comercial, el Estado colombiano se obliga a dar el mismo tratamiento a los nacionales del otro u otros Estados miembros del tratado que el que otorga a sus propios nacionales en las materias contempladas en el convenio. De la misma manera, los nacionales colombianos tienen derecho a exigir a las autoridades del otro u otros Estados miembros del tratado, el mismo trato que recibirían los nacionales de ese país.

• **Principio de nación más favorecida.**

El principio de nación más favorecida está presente en la mayoría de tratados de libre comercio y de integración económica modernos, y consiste en la obligación que adquieren los Estados parte de otorgar automáticamente el mismo trato otorgado a otro Estado no miembro del tratado, que resulte más beneficioso que el que se acordó inicialmente en el marco del tratado.

La Corte Constitucional ha sostenido la constitucionalidad de este principio y de su propósito señalado que consiste en *"eliminar todo tratamiento diferente entre los países interesados, y lograr que las inversiones extranjeras se hagan beneficiarias de las ventajas que el país receptor de las mismas, otorgue a un tercer Estado"* ²⁵.

Ahora bien, el principio de nación más favorecida no es absoluto, y puede someterse a cierto tipo de limitaciones y condicionamientos. En efecto, el propio artículo 1º del GATT de 1947, indica expresamente algunas de sus excepciones, a fin de permitir que los países miembros de la OMC puedan suscribir acuerdos comerciales regionales, inclusive bilaterales, para profundizar los compromisos adquiridos en materia de liberalización del comercio de bienes y servicios, y demás disciplinas reguladas por

los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la OMC.

Por su parte, el Acuerdo de Cartagena señala expresamente en su artículo 139, que el tratamiento de la nación más favorecida no es aplicable sobre ventajas o privilegios otorgados con anterioridad al dicho Acuerdo, o en virtud de convenios entre Países Miembros, o entre Países Miembros y terceros países.

Las limitaciones o excepciones al principio de nación más favorecida, se pueden resumir así: a) Las provenientes de un tratado de libre comercio para que sus disposiciones se apliquen a los Estados miembros del mismo, con discriminación de productos de terceros países, aún miembros de la Organización Mundial del Comercio, porque las normas de este organismo multilateral así lo permiten; b) Las condiciones de acceso especial a los mercados, para bienes provenientes de un país en desarrollo; c) Las condiciones especiales de acceso al mercado a países en desarrollo; d) Limitaciones al ingreso de productos considerados como objeto de comercio desleal; e) Discriminaciones permitidas al comercio de servicios.

D. Libre competencia: Fundamento de los TLC

i) La libertad económica como fundamento de los TLC. La libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, se constituye en un fundamento muy importante para la suscripción de tratados de libre comercio y de integración económica. Los tratados de libre comercio tienen fundamento en el propósito de liberalizar el comercio de bienes y servicios, y regular materias conexas con dicho

propósito, y por ello se fundamentan en la libertad económica. En la medida en que constitucional y legalmente existan limitaciones a la libertad económica, mayores serán las dificultades de negociación y aplicación de aquéllos.

La libertad económica, según la Corte Constitucional, corresponde a la facultad que tiene toda persona –sin discriminación– de realizar actividades de carácter económico, con la finalidad de crear, mantener o incrementar un patrimonio. Pero esta libertad no es absoluta, y por lo tanto está sujeta a las limitaciones que contemplen la Constitución y las leyes. El artículo 333 de la Constitución Política establece como limitaciones a la libertad económica y a la iniciativa privada el bien común. Según la Corte Constitucional, las razones que pueden dar lugar a las limitaciones constitucionales y legales a la libertad económica, deben corresponder a la seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social, conceptos todos que pueden tener numerosos significados. A juicio del autor, estas limitaciones deben ser interpretadas de la manera más precisa y restringida posible, para evitar lesionar el núcleo fundamental de esta libertad. Es indudable que la libertad económica tiene fundamento en la libre iniciativa económica y en la libre competencia.

(ii) La libre competencia. La Constitución Política califica como un derecho colectivo la libre competencia económica, al establecer en el artículo 88 que las acciones populares tienen por objeto la protección de esta clase de derechos, y dentro de los derechos objeto de esta protección incluye expresamente la libre competencia económica. Este aspecto es ratificado por el artículo 4, literal i) de la Ley 472 de 1998.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido que la libre competencia es un componente esencial de la libertad económica, y se basa en la obligación del Estado de ofrecer cierto tipo de garantías para la protección y realización de aquélla, especialmente por el hecho de que la libre competencia implica la tensión, rivalidad, o pugnacidad legítima entre agentes que participan en el mercado. Así mismo, la libre competencia tiene limitaciones derivadas de la concepción social del Estado de Derecho contemplada en la Constitución Política²⁶.

La libre competencia, es fundamento para la celebración y aplicación exitosa de tratados de libre comercio y de integración económica, pues implica que las garantías para la protección y realización de los derechos de los competidores, que ya no sólo lo son en el ámbito territorial nacional sino que también se incluye a los oferentes de bienes y servicios de los otros Estados miembros del mismo tratado.

E. Limitaciones constitucionales que pueden incidir en el TLC

A pesar de que podría afirmarse que la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional tienen una vocación proclive a que Colombia suscriba, apruebe y ponga en vigencia tratados de libre comercio y de integración económica, también existen a nivel constitucional y legal algunas limitaciones que pueden incidir en la negociación de los mismos. La Constitución Política consagra algunas prohibiciones expresas, como límites a la libertad económica y a la libre iniciativa privada, con el fin de proteger la soberanía nacional, el medio ambiente y otros derechos de carác-

ter colectivo. Entre dichas limitaciones se encuentran las siguientes:

(i) La prohibición consagrada para la importación o producción de municiones, armas o explosivos, y el procesamiento, manejo o disposición de residuos nucleares y desechos tóxicos, consagrada en el artículo 80 de la Constitución.

(ii) La protección a las riquezas culturales y naturales de la Nación, consagrada en el artículo 8 de la Constitución.

(iii) La protección del patrimonio cultural de la Nación (inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad) contempladas en el artículo 72 de la Constitución.

(iv) La función social de la propiedad y expropiación con indemnización consagrada en el artículo 58 de la Constitución.

(v) La propiedad del Estado sobre el espectro electromagnético, pero con igualdad de oportunidades para acceso a su uso en las condiciones que fije la Ley, consagrada en el artículo 75 de la Constitución.

(vi) Intervención estatal en el servicio de televisión consagrada en los artículos 76 y 77 de la Constitución.

(vii) La propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables consagrada en la Constitución.

(viii) La potestad del Estado para intervenir en la economía y dirigirla por razones de interés general, y de intervenir en las actividades financiera y bursátil contemplada en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política.

(ix) La posibilidad de establecer normas especiales para zonas de frontera, terrestres y marítimas conforme al artículo 337 de la Constitución.

(x) La posibilidad de que el Estado, mediante ley, se reserve para sí la actividad en materia de servicios públicos, por razo-

nes de soberanía nacional o interés social, previa indemnización plena a quien ejerce dicha actividad según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución.

F. Los tratados de libre comercio, en principio, no forman parte del bloque de constitucionalidad

La Corte Constitucional ha indicado que el bloque de constitucionalidad admite dos sentidos: El primero, *stricto sensu*, conformado por principios y normas integrados a la Carta Política por mandato expreso de la propia Constitución, como ocurre con los tratados sobre derechos humanos, según lo indica el artículo 93 superior. El segundo, *lato sensu*, indica que el bloque de constitucionalidad está conformado por disposiciones con rango superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, tales como las leyes estatutarias y orgánicas, las cuales son referente necesario para la adopción de otras leyes y para el ejercicio del control de constitucionalidad.²⁷ Sin embargo, la Corte señala en la misma sentencia, que los tratados internacionales por el solo hecho de serlo, no ostentan un rango superior al de las leyes ordinarias, por lo que no puede sostenerse que integran el bloque de constitucionalidad²⁸.

G. Características de los TLC frente a la Constitución Política

Se puede afirmar que las principales características de un tratado de libre comercio son la supranacionalidad, la prevalencia, los efectos inmediatos y el carácter obligatorio y vinculante. Estas características han sido reconocidas por la Corte Constitucional:

(i) Supranacionalidad. Una de las características de las normas contenidas en los tratados de libre comercio y en los tratados de integración económica y comercial, es la supranacionalidad. Sobre el concepto de supranacionalidad existen diversas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia, la Corte Constitucional por ejemplo, inicialmente la entendió como una característica propia de las normas derivadas de tratados de comercio exterior y de integración económica y comercial, en virtud de la cual se vuelve intangible el contenido de una norma dentro de esta clase de tratados²⁹; posteriormente la Corte, ligó el concepto de supranacionalidad al traslado parcial de determinadas competencias a organismos internacionales que tengan como objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados³⁰.

A pesar de las diversas posiciones de la doctrina al respecto, se puede permitir afirmar que la característica de la supranacionalidad de un tratado de integración económica comporta los siguientes elementos:

- La creación de un organismo sujeto de derecho internacional;
- El traslado de competencias soberanas de los Países Miembros a órganos creados dentro del organismo internacional, por decisión autónoma y soberana de cada uno de ellos;
- El ejercicio de competencias por parte de los órganos creados dentro del organismo internacional, con efectos vinculantes frente a las autoridades y a los particulares de los Países Miembros;
- La transformación del concepto tradicional del Estado – Nación por uno moderno que le permite ejercer decisiones soberanas que son fuente de derechos y

obligaciones en el marco de un organismo internacional.

- La personalidad limitada a los objetivos propuestos dentro del esquema de integración de que goza el organismo internacional;
- Las competencias limitadas y otorgadas expresamente a los órganos e instituciones del organismo internacional que encarna los propósitos e instrumentos del proceso de integración;
- El desborde del ámbito territorial de la norma, que corresponde a la misma disposición jurídica aplicable en el territorio de los Estados miembros del tratado.

(ii) Prevalencia. La prevalencia de las normas contenidas en los tratados de libre comercio, también denominada supremacía o preeminencia, es consecuencia de la supranacionalidad de esta clase de normas, e indica que cuando existe contradicción entre una norma del tratado y una interna, no necesariamente debe derogarse la norma interna, pero debe aplicarse para resolver el caso concreto la norma contenida en el tratado, para el manejo de las relaciones recíprocas entre los Estados miembros, entre estos y sus habitantes, o entre los habitantes de aquéllos, por su prevalencia sobre la norma interna.

La Corte Constitucional ha admitido la existencia de esta característica de los tratados de libre comercio, al reconocer la ineficacia de las normas de derecho nacional contrarias a las contenidas en el texto del tratado. Sin embargo, en el caso colombiano, es necesario conciliar la supremacía o prevalencia de los tratados internacionales, con el texto del artículo 4º de la Constitución Política, que establece la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica. Este análisis fue hecho por la propia

Corte Constitucional en Sentencia C-400 de 1998, en la que señaló que existe un sólo sistema de derecho, conformado por las normas internas y por las normas que tienen su origen en los tratados internacionales y que la relación de éstas fue determinada por la Constitución, mediante la consagración de una tesis monista – constitucionalista moderada, al reconocer como parte del bloque de constitucionalidad el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*.

Con base en lo anterior, la Corte reafirma la prevalencia de la Constitución sobre todos los tratados, pero con dos excepciones:

*"De un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano"*³¹.

Surge de lo analizado, la pregunta relativa a la prevalencia de los tratados de libre comercio y de integración económica. En el caso de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de ese organismo de integración económica ha señalado que en el evento en que exista una contradicción entre la norma jurídica andina, cualquiera que ella sea, y una disposición interna de un País Miembro, de acuerdo con dicho principio debería derogarse la norma interna, pero si ello no ocurre de esa manera, se puede dejar de aplicar esa norma bajo la ineludible obligación de aplicarse la norma andina, pues de lo contrario se incurre en un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, situación que da lugar a responsabilidad

internacional.³² La Corte Constitucional resuelve definitivamente el interrogante referente a la prevalencia de la Constitución sobre los tratados de libre comercio y de integración económica y comercial, al afirmar lo siguiente:

*"43- Por ende, con excepción de los tratados de fronteras y ciertos convenios de derechos humanos, en virtud del artículo 4º superior, son inaplicables en nuestro país todas aquellas normas previstas por instrumentos internacionales que desconozcan preceptos constitucionales. Esta conclusión no es en manera alguna novedosa sino que coincide claramente con varios precedentes de esta Corporación."*³⁹.

Sin embargo, la supremacía de la Constitución sobre los tratados de libre comercio y de integración económica no disminuye para nada la supremacía o prevalencia de las normas contenidas en estos tratados frente al resto del ordenamiento jurídico interno, así lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-231 de 1997.

Del análisis efectuado se puede concluir lo siguiente:

- La Constitución Política prevalece sobre cualquier otra norma, incluidos los tratados internacionales, salvo los relativos a derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, y los tratados sobre límites.

- La Corte Constitucional reconoce la existencia de un monismo constitucionalista moderado. Y dentro de esta concepción, señala la sujeción de los tratados internacionales de libre comercio a la Constitución.

- No obstante, la Corte Constitucional también reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre las normas

internas. Y específicamente reconoce la supremacía de los tratados de libre comercio y de integración económica sobre las normas internas.

- Por lo anterior, las normas internas diferentes a aquéllas que pertenecen al bloque de constitucionalidad, cuando se encuentren en contradicción con una disposición contenida en un tratado de libre comercio o de integración económica, deben dejar de aplicarse al caso concreto, y en determinadas circunstancias, deben modificarse o derogarse.

(iii) Aplicación directa. De acuerdo con lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la sentencia del proceso 3-AI-96 en virtud del principio de aplicación directa, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere ser incorporado al derecho interno de los Países Miembros, no necesita instrumento interno de transposición o desarrollo para su efectividad, salvo en el evento en que así se disponga expresamente en determinada norma andina.³³ Dicha incorporación al derecho interno es automática, es decir, opera a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma comunitaria, no requiere del proceso interno de aprobación por el Congreso y revisión automática de constitucionalidad, como sí lo requieren el tratado constitutivo y sus protocolos adicionales o modificatorios.

Pero surge entonces la pregunta: ¿El tratado de libre comercio con Estados Unidos también goza de la característica de aplicación directa? La respuesta debe intentarse teniendo como fundamento los siguientes criterios:

En la medida en que la aplicación directa implique, como lo manifestó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

apoyándose en pronunciamientos de las autoridades de la Unión Europea, que las normas del tratado de libre comercio “*deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez*”³⁴ y son “*una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares*”³⁵, significa que sí le es aplicable dicha característica.

En efecto, una vez el tratado de libre comercio entre en vigencia, debe producir plenos efectos jurídicos, y debe producirlos además, de manera uniforme en el territorio de Estados Unidos y en el territorio de Colombia. Dicho tratado será fuente inmediata de derechos y obligaciones para los Estados miembros, sus autoridades y sus nacionales en el ámbito de las relaciones jurídicas que regule. Lo anterior no obsta para señalar que la aplicación directa concebida de esta manera, se ha subdividido en la característica de los efectos directos o inmediatos que se analiza en el aparte siguiente.

Desde otra perspectiva, una vez el tratado de libre comercio se incorpora a la legislación interna se convierte en parte del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, debe ser aplicable directamente en el territorio de los países miembros, sin que se pueda condicionar su efectividad a la expedición de determinados instrumentos normativos internos.

Obviamente, se excluye la característica de la aplicación directa concebida desde las normas secundarias o derivadas, pues en principio, no se observa que en el tratado de libre comercio se pretenda crear algún organismo supranacional que tenga capacidad de expedir normas que no requieran de incorporación al ordenamiento jurídico

interno, como sí ocurre con las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial en el marco de la Comunidad Andina, las cuales son normas secundarias o derivadas adoptadas por órganos creados en virtud del Acuerdo de Cartagena, pero que no requieren ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante ley aprobatoria del tratado, sino que basta su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena para que se entiendan como parte de dicho ordenamiento jurídico interno.

(iv) Efectos inmediatos. Otra de las características de los tratados de libre comercio es la de producir efectos directos o inmediatos. Esto significa que, una vez en vigencia el tratado, se constituye en fuente de derechos y obligaciones para las autoridades públicas y los habitantes del territorio de los Estados miembros.

En virtud de esta característica, las disposiciones de un tratado de libre comercio o de integración económica tienen la vocación de ser aplicadas de manera uniforme en el territorio de los Estados miembros.³⁶ Además, son fuente inmediata de derechos y obligaciones para los Países Miembros, los particulares y los órganos e instituciones del sistema andino de integración, lo que permite exigir judicialmente el respeto y la realización de los derechos consagrados en esta clase de tratados.³⁷

(v) Carácter obligatorio y vinculante. Los tratados de libre comercio y los tratados de integración económica, así como sus normas secundarias, tienen verdadera fuerza vinculante en virtud del principio *pacta sunt servanda* analizado anteriormente. Es la decisión soberana del Estado de suscribir y perfeccionar el correspondiente tratado, la que genera el surgimiento de

derechos y obligaciones de hacer y de no hacer frente a los otros Estados miembros del tratado.

Las obligaciones de hacer obedecen al compromiso del Estado de llevar a cabo un determinado tipo de conducta que le impone el tratado de libre comercio. Las obligaciones de no hacer obedecen al compromiso del Estado de abstenerse de ejecutar determinada conducta que le prohíbe el tratado de libre comercio.

En el caso de la Comunidad Andina, por ejemplo, el Tratado de Creación del Tribunal en su artículo 4 y la jurisprudencia del órgano jurisdiccional andino, han señalado expresamente que el ordenamiento jurídico andino establece para los Países Miembros obligaciones de hacer y de no hacer.

Las obligaciones hacer y de no hacer para los Países Miembros tienen su fundamento en los principios *pacta sunt servanda*, de prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno y en los efectos inmediatos de las disposiciones del tratado.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las conductas que deben acatar los Estados miembros de un tratado de libre comercio abarca medidas de carácter legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden que contengan manifestaciones de la voluntad del Estado, a nivel nacional, y a nivel territorial (departamentos, distritos, municipios, estados federales, etc.) adicionalmente considera el Tribunal, que la trasgresión de las disposiciones de un tratado puede provenir no solamente del Gobierno Nacional o Federal, sino de cualquier autoridad de las ramas del poder público, y de cualquier autoridad a nivel de entidades territoriales, e inclusive descentralizadas por servicios.³⁸

(vi) Intangibilidad. La Corte Constitucional relaciona directamente la característica de la supranacionalidad con la intangibilidad de las normas contenidas en los tratados de libre comercio y de integración económica. De acuerdo con ello, la intangibilidad de un tratado de libre comercio corresponde a la característica que prohíbe a las autoridades de los Estados miembros, adoptar normas internas que modifiquen o deroguen unilateralmente las normas adoptadas en el respectivo tratado, pues de hacerlo generan responsabilidad internacional para su Estado. A ello se une la obligación de adoptar las medidas internas para ajustar su propia normativa a los compromisos adquiridos en el marco del tratado respecto a las relaciones recíprocas con los demás Estados miembros y sus habitantes.

(vii) Autonomía. Según esta característica, el tratado de libre comercio con Estados Unidos es un instrumento jurídico autónomo e independiente frente a otros tratados de libre comercio o de integración económica que celebren sus países miembros con terceros países, y frente a las normas internas, tiene plena autonomía frente a cualquier otra disposición, salvo la Constitución Política a la que está sometido.

Es importante recordar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante Sentencia 89-AI-2000 le atribuye esta característica al ordenamiento jurídico andino, situación que es importante para analizar la coexistencia de estas normas con las del tratado de libre comercio.

Para el Tribunal la autonomía del ordenamiento jurídico andino implica la supremacía de estas normas frente a compromisos adquiridos por los Países Miembros en otros esquemas de integración, e inclusive frente a su propia normativa interna. Pero, esta

supremacía no se puede entender como la capacidad de las normas andinas de prevalecer sobre el tratado de libre comercio con Estados Unidos, sino su aplicación preferente en caso de contradicción entre ambos instrumentos jurídicos, en el caso en que resultaran aplicables a un mismo caso concreto.

Otro aspecto importante del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está en el hecho de que admite que la autonomía no debe entenderse como la imposibilidad de compatibilizar normas andinas con disposiciones del tratado de libre comercio o de la Organización Mundial del Comercio para evitar posibles contradicciones. Pero advierte que, para que los compromisos adquiridos en la Comunidad Andina sean compatibles con los adoptados en otros esquemas de integración, corresponde al legislador andino (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión) expedir las decisiones encaminadas a compatibilizar unos y otros compromisos, lo cual no resulta difícil en el contexto del Acuerdo de Cartagena, que por ser un tratado marco, permite cierto grado de flexibilidad para compatibilizar ambos instrumentos internacionales.

(viii) Complemento indispensable. De conformidad con esta característica, las normas provenientes de los tratados de libre comercio y de integración económica, por regla general, no pueden ser interpretadas unilateralmente o reglamentadas cuando no resulte indispensable. Solamente, y aplicando criterios restrictivos de interpretación, cabe la reglamentación de sus normas a través de "*medidas*" internas, siempre y cuando se trate de "*medidas*" encaminadas a garantizar la correcta aplicación de las disposicio-

nes del tratado, y que no sean contrarias a este último. La característica del "*complemento indispensable*" también es aplicable al Acuerdo de Cartagena y sus normas secundarias y derivadas.

De acuerdo con lo dicho, se reitera que por regla general no es viable que los estados miembros del tratado de libre comercio o del Acuerdo de Cartagena adopten "*medidas*" para reglamentar dichos instrumentos internacionales, y en el caso de este último, tampoco respecto de sus normas derivadas o secundarias. Se exceptúa la necesidad de adoptar dichas "*medidas*" con el ánimo de garantizar la adecuada aplicación de las disposiciones de los tratados de libre comercio y de integración económica.

H. Funciones de las ramas del poder en la adopción de TLC

La celebración, aprobación, análisis de constitucionalidad y ratificación de un tratado internacional, como los tratados de libre comercio y de integración económica, significan que aquél corresponde a un acto complejo en cuya realización se ven involucradas las tres ramas del poder público, dada su importancia para la internacionalización de las relaciones internacionales del Estado. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos.³⁹

(i) El Gobierno Nacional como negociador del Tratado de Libre Comercio. La responsabilidad que recae sobre el Presidente de la República, como Jefe de Estado y director supremo de las relaciones internacionales, en materia de suscripción de tratados es muy grande, más aún cuando en el caso colombiano debe hacer compatibles las cláusulas de dichos tratados con la Constitución Política, dada la suprema-

cía de esta última y el control automático de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional sobre las leyes aprobatorias de aquéllos. Este es un aspecto de gran importancia para las negociaciones de los tratados de libre comercio y de integración económica y comercial.

En el análisis de las facultades que la Constitución Política otorga a las diversas ramas del poder público dentro del proceso de negociación, aprobación, análisis de constitucionalidad y ratificación de los tratados, es necesario partir del contenido del numeral 2 del artículo 189, que radica en cabeza del Presidente de la República, como Jefe de Estado, la dirección de las relaciones internacionales y en virtud de ello está plenamente facultado para celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados internacionales, tales como los tratados de libre comercio e integración económica y comercial. Es claro que, a la luz de la Constitución, el Presidente de la República, como Jefe de Estado, dirige autónomamente las relaciones exteriores, y el Congreso se limita a aprobar o improbar mediante ley los tratados internacionales suscritos por el Gobierno Nacional, y eventualmente a incorporar a ellos cierto tipo de cláusulas interpretativas, como lo ha autorizado la Corte Constitucional respecto a tratados multilaterales.

Es oportuno recordar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 1998: Los tratados, en tanto actos jurídicos complejos se encuentran sometidos también a normas internacionales que consagran disposiciones relativas a los efectos, celebración, aprobación y ratificación de tratados internacionales, por lo que además deben analizarse a la luz de la Convención de Viena.

De acuerdo con la Ley 5 de 1992, concretamente con lo establecido en sus artículos 142 y 217, al Congreso de la República se podrán presentar propuestas de no aprobación de un proyecto de ley aprobatoria de un tratado, de aplazamiento o de reserva; en el caso de la reserva, únicamente podrá formularse si el tratado prevé expresamente esa posibilidad o su contenido, también expresamente, así lo admita.

(ii) El Congreso de la República como órgano que aprueba el Tratado de Libre Comercio. El Congreso de la República participa activamente en el proceso de aprobación de un tratado internacional, en el marco de la colaboración armónica entre las ramas del poder prevista en el artículo 113 de la Constitución, aplicada a la internacionalización de las relaciones del Estado, pues es a través de una ley expedida por aquél que se aprueba o no se aprueba un convenio internacional.

La Constitución Política establece, en el artículo 150, numeral 16, que por medio de ley el Congreso aprobará o improbará los tratados que celebre el Gobierno con otros Estados o entidades de derecho internacional. Estas facultades constitucionalmente otorgadas al Congreso han sido entendidas por la Corte Constitucional como *"una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente"*⁴⁰, en este sentido considera la Corte que las leyes aprobatorias de tratados son *"normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución."*⁴¹. En la misma sentencia, la Corte establece que para este tipo de normas la facultad del Legislador es limitada, por cuanto éste *"no puede modificar su contenido sustancial introduciendo nuevas cláusulas, pues sólo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas"*. Y además

"no puede utilizar la forma jurídica especial de la ley aprobatoria de tratados para regular otros temas, pues el Legislador no es totalmente libre de escoger el tipo de leyes para configurar el derecho interno, por cuanto la Constitución predetermina el contenido de ciertas formas jurídicas."

La ley aprobatoria de un tratado es pues una categoría especial de ley por disposición expresa de la Constitución Política, pues incorpora el tratado al ordenamiento jurídico interno. La ley aprobatoria de un tratado no puede ser derogada por una ley posterior ni puede ser objeto de referendo derogatorio, como expresamente lo señala el artículo 170 de la Constitución Política. La única forma de que el Estado se desligue de las obligaciones adquiridas en el marco de un determinado tratado, es a través de su denuncia.

Adicionalmente, las leyes aprobatorias de tratados internacionales se encuentran sujetas a un trámite especial. No obstante, en el evento en que la Corte Constitucional declare inexecutable una ley aprobatoria de tratado, por vicios de forma, se podrá dar trámite a un nuevo proyecto de ley que incorpore ese mismo tratado el cual, una vez culmine su proceso en el Congreso, será sometido nuevamente a control automático por parte de la Corte Constitucional.

(iii) Reservas o declaraciones interpretativas. Es importante destacar que la Corte Constitucional admite que el Congreso de la República, en el trámite de la ley aprobatoria, haga reservas o cierto tipo de declaraciones interpretativas siempre que ellas no impliquen enmiendas al texto del tratado⁴², de acuerdo con la Corte, esta facultad esta sujeta a que ello no esté expresamente prohibido en su texto, y no resulte incompatible con el objeto, fin y contenido del

Tratado. Considera el autor que, a la luz de la Constitución, no es posible admitir que el Congreso tiene facultad de hacer reservas a un tratado, pues ello compete exclusivamente al Gobierno Nacional porque así lo dispone expresamente la sentencia de la Corte Constitucional sobre el respectivo tratado. Aún, en el entendido de la Corte Constitucional, de que estas "reservas" corresponden a la no aprobación de alguna o varias cláusulas de un tratado, pues, como ya se afirmó, el Congreso no tiene sino una facultad claramente definida en la Constitución: Aprobar o improbar el texto de un tratado; no puede hacerlo parcialmente, ni mucho menos mutilándolo.

No obstante, a la luz del artículo 241 numeral 10 de la Constitución y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede afirmarse que dicha Corporación admite esta clase de reservas en tratados multilaterales pues estos admiten que los Estados miembros incorporen dichas reservas, a menos que expresamente lo prohíba el propio tratado. Sin embargo, respecto a reservas y declaraciones interpretativas en tratados bilaterales, la Corte Constitucional ha sostenido la posición desde el año 2000 de permitir las únicamente si no modifican el tratado, lo cual es materialmente imposible en un acuerdo bilateral⁴³.

El artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, define la reserva de la siguiente manera:

"Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, 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 o a esa organización."

(iv) Control automático de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio por la Corte Constitucional. En el marco de colaboración armónica entre las ramas del poder público prevista en el artículo 113 de la Constitución, la Constitución (art. 241) asignó a la Corte Constitucional la responsabilidad de analizar el contenido de la ley aprobatoria de un tratado, la sujeción de éste a la Carta Fundamental, dada la prevalencia de esta última contenida en su artículo 4°.

Para la Corte Constitucional, un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad o no de una ley aprobatoria de un tratado no puede afectar las relaciones internacionales del país, sino que les confiere una mayor seguridad jurídica, pues ello obliga al Gobierno a proponer la reforma de la Constitución, a renegociar el tratado o a denunciarlo. Lo anterior resultaría cierto frente a los tratados suscritos con posterioridad a la Constitución de 1991, siempre y cuando después del análisis automático de constitucionalidad, no sea permitido demandar, a través de la acción pública de inconstitucionalidad el mismo tratado.

En lo que tiene que ver con la posibilidad de que se ejerza la acción pública de inconstitucionalidad contra un tratado cuyo contenido fue objeto de control automático en cumplimiento de las normas constitucionales que así lo determinan, la Corte Constitucional ha cambiado de parecer en repetidas oportunidades; en 1993 mediante la Sentencia C-276 había señalado esa Corporación "que la revisión automática de los nuevos tratados excluía la posibilidad de demandas sobre las

leyes que aprueban tratados si éstos ya se encuentran perfeccionados.” Posteriormente en la Sentencia C-400 de 1998 lo había considerado viable. Sin embargo, la Corte Constitucional volvió a la tesis original de excluir la posibilidad del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra tratados que hubieran sido objeto de control automático, al señalar que el control automático de constitucionalidad de los tratados previsto en la Constitución política se caracteriza, entre otras cosas, porque:

“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” (CN art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, 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”⁴⁴.

De acuerdo con lo expresado por la Carta Política y por la Corte Constitucional en la sentencias mencionadas, el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados se caracteriza por lo siguiente:

- Es un control posterior a la aprobación del Congreso y a su sanción presidencial.
- Es un control previo al perfeccionamiento del tratado.
- Es un control automático “por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental”.
- Es un control integral “en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de

la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional”.

- Es un control que tiene fuerza de cosa juzgada, ya que la Corte debe “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban” (CN art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad.

- Es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo por parte del Gobierno Nacional.

II. COEXISTENCIA DEL TLC CON LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ANDINA⁴⁵

Con motivo de las negociaciones del TLC con Estados Unidos, diversos sectores académicos y empresariales han manifestado su preocupación acerca de la coexistencia de dicho acuerdo internacional con las normas de la Comunidad Andina. La preocupación se concentra en la hipótesis de que el TLC pueda poner en peligro la supervivencia de la Comunidad Andina.

Sin embargo, el asunto de la coexistencia de las normas andinas abarca otros tratados internacionales suscritos por Colombia, aprobados por el Congreso de la República y analizados por la Corte Constitucional, tales como: El Acuerdo de Marrakech que dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC); el Tratado del Grupo de los Tres (G-3) suscrito por Colombia, México y Venezuela; el Acuerdo de Complementación Económica suscrito con el MERCOSUR; las disposiciones de la ALADI; algunos tratados de protección recíproca de las inversiones (BIT) suscritos con Chile, Perú y España⁴⁶, entre otros instrumentos internacionales. Este tema ha sido objeto de análisis por el autor en

oportunidades anteriores.⁴⁷ El estudio se enmarca en la respuesta a las siguientes preguntas:

A. ¿Existe prevalencia de las normas de la OMC sobre el TLC o viceversa?

A juicio del autor sí existe prevalencia de las normas de la OMC sobre el TLC. En efecto, las normas de la OMC corresponden a un tratado marco que establece una base normativa a la que deben estar sometidos los Estados miembros en sus relaciones comerciales recíprocas, y que deben respetar al suscribir tratados de libre comercio y de integración económica, como el TLC con Estados Unidos o el propio Acuerdo de Cartagena. Los países que negocian el TLC forman parte de la OMC, así como los miembros de la Comunidad Andina.

El posible conflicto de normas entre el TLC y la OMC, daría lugar a la activación del mecanismo de solución de controversias en los términos del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de dicha organización.⁴⁸ La OMC, desde sus inicios, ha reconocido la importancia de las uniones aduaneras⁴⁹ y de las zonas de libre comercio⁵⁰ como esquemas de integración comercial y económica que contribuyen a la expansión del comercio a nivel mundial, y por lo tanto, admite la existencia de tratados internacionales que creen estas clases de esquemas de integración o fortalezcan los lazos de unión entre Estados partícipes en los mismos. En efecto el Artículo XXIV del GATT, establece expresamente algunas excepciones o limitaciones, las cuales han sido analizadas por la OMC.

Es así, como en los considerandos del *"Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduane-*

ros y Comercio de 1994", los Estados Miembros de la OMC, fueron claros en admitir la coexistencia de otros tratados de integración económica y comercial que tengan como propósito la creación o consolidación de una zona de libre comercio o de una unión aduanera.

Según lo dicho en el texto del artículo XXIV del GATT y del Entendimiento relativo a su interpretación, Colombia, y Estados Unidos, así como los demás Estados Miembros de la OMC, están habilitados para suscribir tratados de integración económica como el Acuerdo de Cartagena, el ALCA y el TLC con Estados Unidos, entre otros, siempre y cuando estos acuerdos tengan por finalidad la creación de una zona de libre comercio o de una unión aduanera y pretendan fortalecer los niveles de integración económica y comercial que ofrece la OMC, pero sin entrar en contradicción con las normas de esta última y sin que la adopción de esta clase de acuerdos traigan efectos desfavorables para el comercio con otros Estados Miembros. La Corte Constitucional, apoyó ese criterio en la sentencia C-137 de 1995, en la que analizó la constitucionalidad del Tratado Constitutivo de la OMC, declarándolo ajustado a la Carta Política.

En esa sentencia, la Corte Constitucional reconoce la importancia de la creación de la OMC para el proceso de globalización comercial y económica y del tratamiento especial a los países en desarrollo y señala que dicha organización interpreta el contenido del artículo 226 de la Constitución Política y se encuentra en consonancia con el deber del Estado de promover la internacionalización de las relaciones económicas, entre otras. Adicionalmente, la Corte Constitucional condiciona este proceso de internacionalización, que en la práctica co-

responde al proceso de globalización comercial y económica, a que exista equidad y reciprocidad, y que la suscripción de esta clase de tratados consulte la conveniencia nacional, como ya se indicó.

Por lo anterior, es viable afirmar, que las normas derivadas de la OMC constituyen un marco de obligatorio acatamiento, para la suscripción de acuerdos o convenios internacionales de sus países miembros, los cuales no sólo no contravienen las finalidades de la OMC, sino que las desarrollan, al igual que desarrollan la finalidad de promover la internacionalización de las relaciones económicas establecida en nuestra Carta Política.

Sin embargo, dicha característica de las normas de la OMC, no implica que las mismas hagan parte del bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional en las sentencias C-582 de 1999 y C-1490 de 2000 señaló expresamente que el Acuerdo de Marrakech no forma parte del bloque de constitucionalidad.

B. ¿Existe prevalencia entre las normas de la Comunidad Andina y las disposiciones del TLC?

La pregunta surge porque diversos sectores de la doctrina han sostenido que el TLC no puede contradecir normas del ordenamiento jurídico andino, pues ello implicaría la vulneración de la Constitución Política, que supuestamente da prevalencia a la integración con los países latinoamericanos y del Caribe frente a otros países. En la obra *“Aproximación Jurídica al Tratado de Libre Comercio”*⁵¹, en el capítulo *“El TLC y las normas de la Comunidad Andina. El eventual conflicto y su relevancia constitucional”*, el doctor JUAN JACOBO

CALDERÓN VILLEGAS, citando algunos fragmentos de sentencias de la Corte Constitucional, afirma lo siguiente:

“En efecto, (i) el desconocimiento de las normas proferidas por autoridades legítimamente constituidas en virtud de acuerdos latinoamericanos (ii) a través de preceptos derivados de tratados internacionales dirigidos a establecer vínculos bilaterales o plurilaterales no regionales, supone una compleja situación, dado que estaría restringiéndose el alcance del mandato de promoción de la integración latinoamericana. Tal es la hipótesis que podría configurarse si la suscripción del TLC que pretende celebrarse con Estados Unidos de Norteamérica, implica el desconocimiento de normas expedidas por las autoridades de la Comunidad Andina, como podría ocurrir, por ejemplo, respecto a previsiones contempladas en la Decisión 486, tal como párrafos atrás se señaló.”

El autor discrepa de esta posición doctrinaria. Por el contrario, se considera que a la luz de un eventual juicio de constitucionalidad, tanto el TLC como el Acuerdo de Cartagena y sus demás tratados y protocolos adicionales, así como las normas derivadas del mismo (decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial) deben cumplir los mismos requisitos formales y sustantivos. Además, la Constitución Política no establece una prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre otros tratados de libre comercio o de integración económica suscritos por Colombia.

En el evento en que haya una contradicción de normas jurídicas entre el TLC y las normas de la Comunidad Andina, no se viola la Constitución Política sino que se infringe bien sea la norma del TLC o la

norma andina, y según el caso, da derecho a activar el mecanismo de solución de controversias que se pacte en el TLC, o a acudir a la acción de incumplimiento prevista en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y las disposiciones correspondientes de la Decisión 500, o finalmente, a denunciar el tratado del que se quisiera apartar el país.

Aunque esta discusión ya parece superada pues la Corte Constitucional no excluye la posibilidad de que Colombia suscrita tratados comerciales con países no miembros de la comunidad Latinoamericana y del Caribe⁵², para ahondar en razones es necesario analizar cuál es la jerarquía normativa del Acuerdo de Cartagena y del TLC, desde la perspectiva formal y sustantiva.

(i) Jerarquía normativa del Acuerdo de Cartagena y del TLC desde el punto de vista formal. El Acuerdo de Cartagena, es decir, el tratado de integración económica que da origen a la Comunidad Andina, así como sus protocolos modificatorios, han sido adoptados por Colombia en el marco constitucional existente en su momento. Las reformas más importantes al Acuerdo de Cartagena, suscrito en su versión original el 26 de mayo de 1969, fueron adoptadas mediante los protocolos de Trujillo (1996) y de Sucre (1997), aprobados por el Congreso de la República a través de las leyes 323 de 1996 y 458 de 1998 respectivamente, y declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-231 de 1997 y C-154 de 1999, en ese mismo orden. Es decir, ambos protocolos modificatorios del tratado que contiene el Acuerdo de Cartagena fueron objeto del procedimiento que contempla la Constitución Política, para la negociación, aprobación, análisis de cons-

titucionalidad y ratificación de los tratados suscritos por Colombia.

Por su parte, el TLC con Estados Unidos también se ha sometido al mismo proceso de aprobación, el cual culminó su fase legislativa con la sanción de la Ley 1143 del 4 de julio de 2007, y para la época de culminación de este análisis, el expediente se encuentra a disposición de la Corte Constitucional para que inicie el estudio de la ley y del tratado respecto a su sujeción a la Constitución.

Ambos tratados, es decir, el Acuerdo de Cartagena como tratado de integración económica y el TLC con Estados Unidos, desde la perspectiva de la forma como deben adoptarse e incorporarse al ordenamiento jurídico colombiano, tienen que someterse al mismo procedimiento previsto en la Constitución Política. Por ello, ambos instrumentos, formalmente, al sufrir el mismo trámite y ser incorporados al sistema jurídico colombiano a través de leyes aprobatorias de tratados (artículo 150#16), tienen la misma jerarquía normativa, pues están sometidos al texto de la Constitución Política (artículo 4), pero a su vez tienen el mismo nivel de supremacía frente al resto de normas jurídicas internas al gozar del carácter supranacional y prevalente que les ha reconocido la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Desde el punto de vista formal, no existiría prevalencia del Acuerdo de Cartagena sobre el TLC con Estados Unidos, sino que ambos instrumentos pertenecen a un mismo nivel de jerarquía normativa.

En el marco del Acuerdo de Cartagena, a diferencia de lo que podría ocurrir con el TLC, existen un conjunto de normas que conforman, dentro de la Comunidad Andina, un verdadero ordenamiento jurídico

autónomo con su propia jerarquía normativa. Como se explica en el libro “*Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*”⁵³, el ordenamiento jurídico andino está compuesto por normas primarias y normas secundarias, las cuales, entre sí mismas, tienen un grado de jerarquía que, desde la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (hoy denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) en 1979 y hasta el año 2001, había sido definida por la jurisprudencia de esa Corporación, la cual fue recogida en su oportunidad por las resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, y posteriormente por las resoluciones de la Secretaría General.

Actualmente, el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y el artículo 1 de la Decisión 500, señalan que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se compone de: Normas primarias u originarias tales como el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, así como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y; de normas derivadas o secundarias provenientes de los órganos comunitarios tales como las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de complementación industrial.

(ii) Jerarquía normativa del Acuerdo de Cartagena y del TLC desde el punto de vista material. El Acuerdo de Cartagena y el TLC gozan de la característica de autonomía, aplicable entre uno y otro tratado, y por lo tanto, tienen vocación de existir con independencia entre ambos. Desde el punto de vista material, es importante destacar, en primer término, que el Acuerdo de Cartagena y el TLC, están sometidos a la Constitución Política y no pueden vulnerar

sus disposiciones so pena de incurrir en una eventual declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional. En este sentido, ninguno tiene carácter prevalente sobre el otro tratado, sino que, visto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano, ambos permanecen en un mismo plano de sujeción sustantiva a la Constitución Política, y solamente a ella. Ambos deben cumplir con los preceptos constitucionales, y en especial, con los criterios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Además, ambos tratados deben respetar el marco normativo de la OMC y de sus Acuerdos Comerciales Multilaterales, como ya se analizó.

El Acuerdo de Cartagena regula las relaciones jurídicas emanadas del proceso de integración que se desarrolla entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y sólo entre ellos, bajo un criterio de *multilateralidad* aplicable por regla general. Es decir, el Acuerdo de Cartagena y el resto del ordenamiento jurídico andino regulan las relaciones entre cualquiera de los países miembros entre sí, pero únicamente en las materias expresamente contenidas en las normas primarias o secundarias; las materias no reguladas por las normas andinas pueden ser objeto de otros instrumentos internacionales sin generar conflictos normativos. En el Tratado del G-3 suscrito por Colombia, México y Venezuela, se contempla una cláusula de exclusión de la aplicación de este instrumento en la relación comercial entre Colombia y Venezuela, por pertenecer ambos países a la Comunidad Andina y estar sometidos entre sí a la aplicación de estas normas⁵⁴.

De otro lado, y como se advirtió anteriormente, el TLC regula las relaciones jurídicas que ocurran entre los Estados Unidos

y Colombia, y únicamente entre ellos, partiendo de un criterio de *bilateralidad* que caracterizará algunas de sus disposiciones.

Para algunos sectores, la Decisión 598 establece una jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina sobre el TLC. Aún si ello fuera cierto, no tendría efectos jurídicos respecto a este último tratado, en virtud de la autonomía de las normas del Acuerdo de Cartagena frente al TLC, y viceversa. Adicionalmente si se analiza cuidadosamente la norma, es claro que no establece una prevalencia del ordenamiento jurídico interno sobre el TLC o cualquier otro tratado similar que suscriba alguno o varios de los países andinos. Por el contrario, el literal a) de esta norma es enfático en señalar que en las negociaciones comerciales con terceros países se debe preservar el ordenamiento jurídico andino “en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina”.

Lo anterior significa que, en el evento en que una norma del TLC pueda implicar una eventual violación de las disposiciones andinas, es viable activar el mecanismo de solución de controversias para proteger la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, pero no su supuesta prevalencia, y asegurar así su cumplimiento efectivo. Asimismo, podría haber una violación de normas del TLC por normas actuales o futuras de la Comunidad Andina, caso en el cual Estados Unidos podría activar el mecanismo de solución de controversias de dicho tratado para proteger la autonomía de estas normas y asegurar su cumplimiento.

Si bien el Preámbulo de la Constitución alude al compromiso del pueblo colombiano de “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”, y el artículo 227 alude al deber del Estado colombiano de “promover

la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe”, del análisis histórico de estas disposiciones, así como de su interpretación sistemática, y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se desprende que dichas normas no otorgan prevalencia al ordenamiento jurídico andino sobre las normas del TLC u otro tratado suscrito con países diferentes a los antes mencionados.

De admitirse el argumento de la prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre tratados de libre comercio suscritos con países diferentes a los de América Latina o del Caribe, la Corte Constitucional habría declarado la inconstitucionalidad del Acuerdo de Marrakech y de otros tratados suscritos con países no latinoamericanos y del Caribe⁵⁵. Por el contrario, como ya se anotó, en la sentencia C-137 de 1995, la Corte Constitucional encontró plenamente ajustado a la Constitución dicho tratado, así como los acuerdos multilaterales que forman parte de las normas de la OMC.

La Corte Constitucional ha considerado, por regla general, que las normas del Acuerdo de Cartagena y demás que conforman el ordenamiento jurídico andino (primario y derivado) no forman parte del bloque de constitucionalidad, salvo aquellas disposiciones relacionadas con derechos fundamentales, Vg., los derechos morales de autor protegidos mediante varios artículos de la Decisión 351, según lo indicó en la sentencia C-1490 de 2000. Por ello, no habría lugar a juicio de constitucionalidad sobre su supuesta prevalencia frente a las normas del TLC que resulten contrarias a las primeras.

Tanto el Preámbulo como el artículo 227 de la Constitución dan especial

importancia a la participación de Colombia, dentro del proceso de internacionalización de sus relaciones económicas, sociales y políticas, a procesos que se desarrollen “especialmente” con los países de América Latina y del Caribe. Las normas buscan promover el acercamiento entre países hermanos, entre países vecinos, por razones geopolíticas; pero no excluyen la posibilidad de que Colombia suscriba tratados, dentro de ese mismo proceso de internacionalización de sus relaciones, con otros países como Estados Unidos, con quien tiene claros vínculos comerciales, económicos y políticos.

En los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se analizan el Preámbulo, el artículo 9º, los artículos 150#6, 189#2, 226 y 227 de la Constitución, dicha Corporación coincide en destacar el deber del Estado de promover la internacionalización de sus relaciones, especialmente con los países de América Latina y del Caribe, pero en ninguno de ellos la Corte Constitucional otorga prevalencia a los tratados suscritos con estos países respecto a tratados suscritos con otros estados.

En conclusión, ninguna de las normas del Acuerdo de Cartagena o del resto del ordenamiento jurídico andino tiene prevalencia sobre el TLC, y tampoco el TLC prevalece sobre el ordenamiento jurídico andino, porque materialmente se encuentran en igual situación, aunque regulen relaciones jurídicas diferentes. Por ello, en caso de que exista un conflicto normativo entre las disposiciones de uno y otro tratado, no se podrá invocar una supuesta jerarquía normativa de un instrumento para dejar de aplicar el otro, sino que se deberá acudir al correspondiente mecanismo de solución de controversias del tratado que se considere

incumplido. O denunciar el tratado del que el Estado quiera separarse.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo de Cartagena, suscrito en Trujillo el 10 de marzo de 1996, Art. 155.

Acuerdo de Marrakech de 1994.

Ciclo de Conferencias Uniandinos – -Capítulo de economía. Globalización en la Economía Colombiana. Conferencia del Dr. JORGE HERNÁN CÁRDENAS “Empresarios Colombianos en Medio de la Globalización e Integración Hemisférica.” Ed. ECOANDINOS, 1ª edición, enero de 2002.

Constitución Política de Colombia, 1991.

LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS y TANGARIFE TORRES MARCEL. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición 1997, tomos I y II.

LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS y otros. Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Ed. Carrera 7ª, 1ª ed. Bogotá, agosto de 1992, páginas 90 y 91.

MONROY CABRA, MARCO G. Derecho Internacional Público. Ed. Temis, 4ª ed, 1998, Bogotá, páginas 198 a 202.

STIGLITZ, JOSEPH E. El Malestar de la Globalización. Ed. Novos S.A., Bogotá, D.C., Colombia, julio de 2002, página 34.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Gobiernos de la República de Colombia, México y Venezuela, suscrito el 13 de junio de 1994

1 “Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

2 STIGLITZ, JOSEPH E. El Malestar de la Globaliza-

- ción. Ed. Novos S.A., Bogotá, D.C., Colombia, julio de 2002, página 34.
- 3 En el Preámbulo del TLC también se plasmó como objetivo el de "(...) *CONTRIBUIR a la integración hemisférica y proveer un impulso hacia el establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas (...)*", dando cumplimiento al mandamiento constitucional en materia de integración con las demás Naciones
 - 4 En la ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se dijo lo siguiente:
 "2... *No parece necesario abundar en argumentaciones sobre la importancia que para el desarrollo de sus economías tiene la integración de los países latinoamericanos, en un contexto internacional caracterizado por la formación de grandes bloques comerciales y la creciente internacionalización de las relaciones económicas. Se trata, sin lugar a dudas, de un imperativo del mundo contemporáneo, cuyo desconocimiento o inadecuada interpretación se traducirán en desaprovechamiento de significativas oportunidades de progreso y bienestar.*
Por tal razón, somos partidarios de que la Constitución amplíe y precise el ámbito constitucional de la integración, a partir del principio fundamental de los procesos integracionistas, cual es una concepción actualizada del concepto de la soberanía nacional." (*Gaceta Constitucional No. 62, página 8*) (Tomado de LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS Y TANGARIFE TORRES, Marcel. *Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia*. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición 1997, tomo II, página 872)
 - 5 Venezuela denunció el G-3 en mayo de 2006 y cesaron sus derechos y obligaciones jurídicas en dicho tratado a partir de noviembre de 2006.
 - 6 CICLO DE CONFERENCIAS UNIANDINOS – CAPÍTULO DE ECONOMÍA. *Globalización en la Economía Colombiana*. Conferencia del Dr. JORGE HERNÁN CÁRDENAS *"Empresarios Colombianos en Medio de la Globalización e Integración Hemisférica."* Ed. ECOANDINOS, 1ª edición, enero de 2002, páginas 80 y 81
 - 7 Ver, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-592 de 1992, C-347 de 2004, C-864 de 2006 y C-308 de 2007.
 - 8 "Artículo 3º. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece."
 "Artículo 9º. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.
De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe
 - 9 LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS y otros. *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Ed. Carrera 7ª, 1ª ed. Bogotá, agosto de 1992, páginas 90 y 91.
 - 10 Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-048 de 2001.
 - 11 "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"
 - 12 MONROY CABRA, MARCO G. *Derecho Internacional Público*. Ed. Temis, 4ª ed, 1998, Bogotá, páginas 198 a 202.
 - 13 LLERAS DE LA FUENTE y otros. *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Op. Cit, página 97.
 - 14 Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 1993.
 - 15 Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.
 - 16 Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998.
 - 17 Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998.
 - 18 *Informe de la Comisión Especial Codificadora. Ponente: HERNANDO YEPES ARCILA. Documento inédito que reposa en el archivo del delegado CARLOS LLERAS DE LA FUENTE. LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS Y TANGARIFE TORRES, MARCEL. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia*. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª ed., 1997, páginas 868 a 870.
 - 19 Corte Constitucional. Sentencia No. C-864 de 2006.
 - 20 Por esta razón, textos como el Acuerdo de Marrakech, por el cual se establece la OMC, tratado macro que regula las relaciones comerciales entre los Estados establece, dentro de sus considerandos, lo siguiente: "Reconociendo además que es necesario realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico, (...)" De igual forma, se establece en el mismo texto, que "(...) "El Comité de Comercio y Desarrollo examinará periódicamente, como parte de sus funciones, las disposiciones especiales en favor de los países menos adelantados Miembros contenidas en los Acuerdos Comerciales Multilaterales y presentará informe al Consejo General para la adopción de disposiciones apropiadas."

- 21 Corte Constitucional. Sentencia C-564 de 1992.
- 22 Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992.
- 23 Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1996.
- 24 Corte Constitucional. Sentencia C-494 de 1998.
- 25 Corte Constitucional. Sentencia C-494 de 1998.
- 26 Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.
- 27 Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999
- 28 En la sentencia C-1490 de 2000, la Corte Constitucional admitió que las normas de la Decisión 351 de la Comunidad Andina relativas a la protección de derechos morales de autor, sí forman parte del bloque de constitucional por su reconocimiento y protección internacional como derechos humanos.
- 29 Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1993.
- 30 Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.
- 31 Corte Constitucional Sentencia C-400 de 1998.
- 32 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.
- 33 En materia de valoración aduanera se adoptó la Decisión 379 19 el 19 de junio de 1995 y entró en vigencia el 31 de diciembre de 1995 para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, y el 30 de junio de 1996 para Ecuador, pues estimó la Comisión que se requería un tiempo prudencial para que las autoridades aduaneras de los Países Miembros se familiarizaran con la misma. Lamentablemente, cuatro de los cinco Países Miembros no cumplieron con poner en vigencia dichas decisiones en las fechas señaladas, lo que dio lugar a las sentencias del Tribunal que declararon el incumplimiento de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela (Procesos 8-AI-98, 10-AI-98, 9-AI-98 y 6-AI-98 respectivamente)
- 34 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.
- 35 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Sentencia del proceso 3-AI-96.
- 36 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96.
- 37 VEGA PLAZAS, MAURICIO ALFREDO. *Op. cit.*, página 144.
- 38 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 43-AI-99.
- 39 Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1993.
- 40 Corte Constitucional. Sentencia C-468 de 1997.
- 41 Corte Constitucional. Sentencia C-468 de 1997.
- 42 Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994.
- 43 Ver entre otras las sentencias C-780/04 y C-160 de 2000 de la Corte Constitucional.
- 44 Corte Constitucional. Sentencia C-130 de 2004.
- 45 Este punto de la ponencia tiene fundamento en el capítulo: "Coexistencia del TLC y otros Acuerdos o Convenios de integración suscritos por Colombia" preparado por el autor para el libro "Los derechos de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio" que publicará la Universidad Externado de Colombia.
- 46 Los tratados suscritos con el Reino Unido, España, Cuba, y Perú (el primero) fueron objeto de declaratoria parcial de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional. Sobre el particular, se puede consultar a TANGARIFE TORRES, Marcel. Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Fundamentos Jurídicos para la Negociación. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2ª ed, febrero de 2005, páginas 83 a 153.
- 47 TANGARIFE TORRES, MARCEL. Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Fundamentos Jurídicos para la Negociación. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2ª ed, febrero de 2005, páginas 431 a 469.
- 48 En el texto del capítulo de solución de controversias del TLC se previó la posibilidad de que las Partes, que a su vez son parte de la OMC, escojan el foro en el que quieran resolver la diferencia; el previsto por el TLC o el previsto por la OMC. De igual forma, se aclaró la imposibilidad de que los países miembros de la Comunidad Andina, Colombia y Perú, resuelvan las diferencias derivadas de una posible violación a la legislación andina en el marco del capítulo de solución de controversias del TLC.
- 49 El artículo XXIV del GATT define la Unión Aduanera como: "La sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera: i) Que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y ii) Que, a reserva de las disposiciones

- del párrafo 9, cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no están comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos."*
- 50 *"Según el artículo XXIV del GATT, la Zona de Libre Comercio implica que un grupo de dos o más territorios aduaneros, que normalmente corresponden a Estados diferentes, eliminan los derechos de aduana y todos los gravámenes o aranceles, y las restricciones para el libre comercio de bienes y servicios, para aquellos provenientes u originarios de los Estados miembros del tratado que da origen a dicha Zona."* Tomado de TANGARIFE TORRES, MARCEL. Op. Cit. Páginas 405 y 406.
- 51 Varios Autores. Coedición del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la Cámara de Comercio, febrero de 2005, página 640.
- 52 Ver sentencias C-864 de 2006, C-155 de 2007 y C-308 de 2007.
- 53 TANGARIFE TORRES, MARCEL. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina. Cámara de Comercio de Bogotá, 2ª edición, mayo de 2005.
- 54 Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Gobiernos de la República de Colombia, México y Venezuela, suscrito el 13 de junio de 1994. Capítulo 1. Art. 1-03.
- 55 Colombia también ha acuerdos comerciales con Polonia (sentencia C-284/94), Hungría (sentencia C-216/96), Malasia (sentencia C-492/98), Rusia (sentencia C-405/99), Argelia (sentencia C-228/99), Marruecos (sentencia C-719/99), Rumania (sentencia C-327/00), Costa de Marfil (sentencia C-279/01), todos declarados exequibles por la Corte Constitucional.