

EL ACUERDO DE LAS BASES – NUESTRA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN SU LABERINTO Y EL AUTO FANTÁSTICO

Camilo Gutiérrez Jaramillo

Una traviesa decisión del destino, condujo a coincidir, con ligera diferencia, en las mismas fechas, durante el mes de agosto de 2010, la providencia de nuestra Corte Constitucional sobre la suerte del llamado “*Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América*”, conocido como “el acuerdo de las bases”, con el relanzamiento de las relaciones entre Colombia y Venezuela, hecho ocurrido en la quinta de San Pedro Alejandrino, al iniciarse el gobierno del presidente Santos. La Corte cercenó el efecto del convenio, y Santos se ocupó de centrar la atención del Estado, frente a Venezuela, en asuntos diferentes de los que dieron lugar a la ruptura de las relaciones, en un ejercicio de lo que los europeos llaman la “Realpolitik”. Hacemos votos por que ese giro diplomático tenga un desenlace afortunado.

Finalmente, el texto de la providencia (auto 288 de agosto 17 de 2010), se conoció en el mes de enero de 2011, y su lectura suscita algunas reflexiones que me propongo expresar en el presente escrito: allí se introducen unos conceptos novedosos, en torno a la naturaleza de los llamados acuerdos internacionales celebrados en forma simplificada (en adelante A.I.C.F.S), el control constitucional que sobre los mismos ejerce la Corte, el alcance de las facultades de la Corte sobre ese tema, y la honra de las obligaciones internacionales contraídas por Colombia. Veamos.

En efecto, con ocasión de la configuración del fenómeno económico conocido como la globalización, el cual se traduce en la celebración de múltiples tratados y convenios internacionales, se ha dificultado

sobre manera, el trámite interno de los mismos, en cada sistema político. Colombia no ha sido ajena a esa situación, razón por la cual la figura de los A.I.C.F.S, se ha convertido en una realidad, regulada en algunos Estados, y en otros, insuficientemente tratada. Estos últimos, a diferencia de los tratados solemnes, se perfeccionan con su firma, y escapan a la aprobación por parte del Congreso. En Colombia, la dogmática constitucional en esta materia ha sido enérgica y constante, de suerte que en el régimen de la Constitución del 86 y en la nueva carta de 1991, los tratados internacionales en todo caso deben ser aprobados por el Congreso, y, no existe una reglamentación puntual sobre la suerte de los convenios simplificados, de modo que son aceptados por unos y rechazados por otros, pero su existencia es una realidad en Colombia y, se ha convertido en una práctica reiterada, que finalmente se ha decantado en el auto de la Corte Constitucional que comentamos.

Anteriormente, la Corte se ocupó de calificar los A.I.C.F.S, precisando la necesidad de no excluir los citados acuerdos del control de constitucionalidad, y señalando las características de los mismos. En efecto, Ricardo Abello y Manuel Quinche (1), se refieren a la sentencia de la Corte Constitucional C-363 del año 2000, en la que se enunciaron los requisitos de estos acuerdos, en el sentido de que deben ; “a) *ser parte y necesario instrumento de ejecución de un tratado solemne ya aprobado y*, c) *el acuerdo simplificado no puede contener obligaciones nuevas, que excedan el marco de los compromisos expresamente enunciados en el tratado ya aprobado....*”. Quedó así discernida la definición jurisprudencial de los A.I.C.F.S, pero lo que quedó sin definición fue el requisito del control de constitucionalidad, por cuanto en la sentencia no se decía la forma de ejercerlo. De esta suerte, se establecieron los requisitos solamente, con lo cual quedaba el Presidente en situación de determinar discrecionalmente cuanto era dable celebrar el acuerdo o no, por encontrar reunidos los requisitos. Le bastaba al ejecutivo proceder a firmarlos, simplemente, con lo cual se iniciaba su vigor, a sabiendas de que su control, era un tema ajeno a su preocupación.

Esta ambigua e indeseable situación intentó ser despejada, mediante una fuerte embestida judicial contra el plan Colombia, expresada

en los acuerdos simplificados tradicionalmente celebrados con los Estados Unidos. De esta suerte, en junio del año 2005, la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, ante la imposibilidad de demandar individualmente los acuerdos simplificados, optó por formular una demanda contra algunos de los artículos de la Ley 24 de 1959, es decir, contra la norma que usualmente había servido de base para configurar los acuerdos en forma simplificada, en los que se sustentaba la alianza y cooperación con los Estados Unidos, mayormente del llamado Plan Colombia. En efecto, el legislador de 1959 autorizó al gobierno para celebrar con organismos o agencias especiales internacionales especializadas en el área de la asistencia técnica, para llevar a cabo planes y programas de desarrollo económico y social y materias conexas. Esos acuerdos solo requerían para su validez la simple aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. En opinión de los demandantes, las normas acusadas violaban la Carta del 91 frente al principio de “la libre determinación de los pueblos”, así como de las normas que allí consagran el dispositivo, a la luz del cual los compromisos internacionales deben ser aprobados por el Congreso.

Tuvo entonces la Corte constitucional una formidable oportunidad, para despejar este asunto y arrojar luz sobre el tema de la naturaleza de los convenios celebrados en forma simplificada, así como para definir el tema del control de los mismos. No obstante, el resultado fue frustrante. La Corte Constitucional, mediante sentencia C.239 de 2006, se ocupó, con cierto desenfado, de desplegar sus razonamientos en torno a la determinación de la vigencia o no de la Ley 24 de 1959, omitiendo hacer un pronunciamiento de fondo (2). En la práctica, el efecto de este fallo fue el de ubicar el tema de la naturaleza y control de los acuerdos en forma simplificada, en una perniciosa nebulosa jurídica, con dos lamentables efectos.

-De una parte, los A.I.C.F.S, quedaban huérfanos de control, pues la Corte, al dirigir su mirada a un ámbito inane de la discusión, que le plantearon los demandantes, enviaba un mensaje omisivo, en tanto que al demandar la ley que los ampara, nada se dijo de fondo. El tema del control seguía igual, respecto de los tratados propiamente

dichos, los cuales requieren una ley aprobatoria del Congreso, que los conduce a la Corte Constitucional, por la vía del control previo, al paso que los A.I.C.F.S, como se perfeccionan simplemente con la voluntad y firma del Presidente, y no está previsto en la Carta que puedan ser demandados, como ocurre con las leyes, quedaron al margen del control de constitucionalidad.

Por otra parte, frente a la omisión de la Corte, en el punto del control, la rama ejecutiva encontró un camino muy cómodo para impulsar en adelante los acuerdos en forma simplificadas, de contenido similar al de los tratados, sin tener que someterlos a la aprobación del Congreso, bastando simplemente con darles la denominación de acuerdos complementarios, anclados en diversos tratados, en la certeza de que sin control, su discrecionalidad quedaba al margen de la vigilancia de la Corte.

Hasta aquí el episodio resultaba lamentable. No obstante, como en el verso de Marroquín, a veces sale lo que no se espera. En efecto, al llegar al poder en nuestro vecino país, el Ecuador, el presidente Correa, formado como economista en Estados Unidos, pero impregnado de un profundo y visceral resentimiento antinorteamericano, anclado en razones personales, ciertamente lamentables, que por conocidas no es del caso repetir, decidió no renovar el acuerdo celebrado con el Ecuador para la operación de una base aérea de los Estados Unidos, ubicada en Manta, estratégicamente útil para la lucha contra el narcotráfico. Así, el Gobierno colombiano, empeñado en la lucha contra la siembra y procesamiento de narcóticos, inició conversaciones con los norteamericanos, para brindar apoyo a las fuerzas aéreas norteamericanas en nuestros territorios, en vista del propósito común de los dos Estados, de no cejar en el empeño de erradicar ese cáncer, que alimenta en Colombia todas las fuerzas oscuras. Las conversaciones se dieron de cara al país, en la certeza de que se trataba de un tema polémico y sensible, que aprovechó la oposición al gobierno de la época, para abrir un frente de crítica. Pero, el asunto resultó hilarante y estridente al caer en el radar del gobierno de Hugo Chávez, quien vaga en el errático discurso del antiimperialismo, pero en la sospechosa área de romper cualquier colaboración internacional para el control

del tráfico de drogas en Venezuela. Pues bien, Chávez acusó a Colombia, de entregar su territorio, para permitir que las fuerzas armadas norteamericanas procedieran a invadir a Venezuela. Al leer entonces esas declaraciones de Chávez, formulé en mi fuero interno, los más fervientes votos por el restablecimiento de la salud mental del coronel, que se sueña invadido por una potencia, que por lo demás poca atención le dispensa. Procedió además Chávez, a convocar foros latinoamericanos, para defender el continente, de la agresión latente de colombianos y norteamericanos, foros integrados por su clientela, encabezada por un sujeto llamado Daniel Ortega. Maliciosamente, el convenio, que consiste en una colaboración militar, fue presentado como un convenio de entrega de territorio. Había que eludir la tecnología moderna, que permite detectar el paso de drogas por ciertos territorios, poblados de generales ciegos, al festivo tráfico de ciertas sustancias.

No obstante, las conversaciones culminaron con la celebración del Acuerdo, que fue firmado el día 30 de octubre del año 2009. La firma del convenio, en todo caso, ocurría con un ingrediente adverso, esto es, el pronunciamiento de la sala plena del Consejo de Estado, la cual a la luz del artículo 238, numeral tercero, inciso segundo de la Carta, debe emitir su opinión, aunque sin fuerza vinculante, para el caso de la presencia de fuerzas extranjeras en territorio colombiano. Esa corporación emitió un concepto adverso, que no impedía en todo caso la firma del acuerdo.

Si bien no me ocuparé de su contenido, sí llama mucho la atención, la extensión del preámbulo del acuerdo. Es revelador el afán de los redactores, en extenderse en inusuales evocaciones de diversos tratados ya perfeccionados, para abundar reiterativamente en el carácter complementario del acuerdo. Se invocó, por ejemplo, la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, se invocaron los acuerdos de cooperación militar entre Colombia y los Estados Unidos de 1952, de 1962 y 1974; La Convención de Naciones Unidas sobre narcotráfico celebrada en Viena en la conferencia de 1988, en la cual el ex ministro Parejo fue vivamente ovacionado, luego del atentado sicarial que sufrió en Europa; la convención de Nueva York del año 2000, contra la delincuencia

organizada; las convenciones internacionales de lucha contra el terrorismo; la resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad contra el terrorismo; la hoy olvidada Carta Democrática de la O.E.A. de septiembre de 2001, cuya lectura recomendamos al secretario Insulza, y en fin, se evocaron varios de los principios que informan el derecho internacional. Un catálogo abultado de tratados ya vigentes, que nos recuerdan el dicho de Aldox Huxley: “varias excusas son menos convincentes que una sola”. De modo que el convenio de las bases no resultó complementario de un tratado sino de múltiples tratados. Entendemos que la aplicación de un tratado internacional amerite eventualmente un convenio que lo desarrolle, pero en este caso, la multiplicidad de tratados a desarrollar y complementar, devino en un disparate jurídico.

Lo cierto es que el convenio se firmó el día 3 de noviembre de 2009, y entró en vigor en la misma fecha, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del mismo convenio. Mas allá de la calificación de su conveniencia, el convenio entrañaba un desafío jurídico a los adversarios del gobierno, que se habían opuesto, y, no obstante lo resuelto por la Corte en el año 2006, de inmediato el Convenio fue demandado ante la Corte Constitucional.

Quedaba la Corte ubicada ante un desafío, si se tiene en cuenta lo resuelto en aquella ocasión, pues no se trataba de un acuerdo inopinado y anónimo, sino de un pacto con los Estados Unidos, que había generado una intensa agitación en las aguas de la opinión pública. No había lugar a medias tintas, ni a pronunciamientos elusivos. La demanda significaba un reto crudo que la Corte tuvo que enfrentar y definir, a diferencia de lo ocurrido en 2006. De alguna forma, un embrollo creado por ella misma, ante su silencio anterior. Le llegó la hora de hablar con claridad, y, además, de responderle a la opinión pública.

Se presentaron dos demandas, que fueron admitidas y acumuladas en un solo trámite, en diciembre de 2009, y en consecuencia, se surtió el ritual constitucional. La admisión de las demandas entrañaba ciertamente reconocer la Corte, su competencia para conocer de la demanda de constitucionalidad, de una ley aprobatoria

no de un tratado, que es la que le señaló la Constitución, sino de un simple acuerdo, con lo cual se abría un camino que se expresó en la parte resolutoria del auto que se comenta. El tema era difícil, en mi opinión, pues la norma de la Carta es muy puntual en torno a las funciones que le asigna a la Corte la Carta, en las que no aparece el pronunciamiento sobre meros convenios, que al fin y al cabo, son preceptos de inferior jerarquía. Pero nadie hubiera entendido que la Corte inadmitiera las demandas, o que se pronunciara con una decisión inhibitoria.

Finalmente, la Corte, luego del procedimiento constitucional, expidió el auto, cuyo contenido apenas se conoció en enero del 2011. Esta decisión me merece los siguientes comentarios:

1.- En cuanto a la competencia de la Corte para conocer de la constitucionalidad de este acuerdo, abunda la corporación en el tema de la importancia del control de constitucionalidad, que ha de extenderse incluso a los A.I.C.F.S. Ello, como garantía del sistema jurídico, para anclar su razonamiento en la existencia de un control. Control que ella llama “múltiple”, el cual se origina, no en los preceptos de la Carta que le atribuyen a ella facultades, sino en una creación propia, a la luz de la cual, los A.I.C.F.S se encuentran a partir del auto, y por decisión de la Corte, sujetos al control de constitucionalidad por vía de acción. Esta noción del control múltiple conduce a un extraño escenario. De una parte, los tratados propiamente dichos, llegan al control de la Corte indefectiblemente, por vía del control automático, al paso que el control de los acuerdos ocurre inopinadamente, por vía de acción, dependiendo de si los ciudadanos ejercen o no la acción. Una insólita distinción que conduce eventualmente a que algunos acuerdos escapen al control.

Ahora, el control de constitucionalidad, no se origina en las decisiones del constituyente, sino de la Corte, no porque extienda el suyo, sino porque crea uno nuevo, bajo el loable propósito de que los A.I.C.F.S no queden sin control, lo que se aplaude, pero se aventura la Corte, al crear una nueva modalidad de control de constitucionalidad. Esta decisión, que no comparto, se toma por la peor de las razones, esto es, porque la Corte puede hacerlo, en tanto

que no hay órgano alguno que lo pueda impedir, pero que entraña en mi opinión, un exceso. Un exceso, si se tiene en cuenta que la Carta no habla de control múltiple alguno, y si se tiene en cuenta, que la creación de este nuevo control, ni siquiera es obra de una sentencia de la Corte sino de un simple auto de trámite, con el cual se complementa y modifica la Carta. Un ¿auto constituyente?. Esta decisión no se extiende al caso que le fue planteado, pues con ella, queda abierta la puerta para demandar todos los convenios de esa naturaleza hasta ahora celebrados, los cuales se encuentran en vigor, y los cuales quedan ahora sometidos a este control por vía de acción, dentro de la nueva noción de “control múltiple”.

Además, nótese que la nueva modalidad de control que la Corte denomina “múltiple”, no solo es múltiple, sino doble, pues en adelante, si un A.I.C.F.S ya en vigor, es demandado ante la Corte que predica tener esa competencia, ella, le quita los efectos, y para hacerlo tiene que calificarlo, con lo cual lo controla y luego ordena al Presidente su envío al Congreso, y de allí recibirá nuevamente el acuerdo para ejercer el control sobre la ley aprobatoria, con lo cual el convenio surte dos rondas ante la Corte. Es el resultado de arrogarse controles que la Carta no le ha dado a la Corte, con lo cual termina controlando doblemente.

2.- Además, en la parte resolutive, el auto dispone ordenar el envío del texto del convenio, al Presidente de la República, para que le imparta el trámite constitucionalmente indicado, esto es, el de la presentación al Congreso, de un proyecto de ley aprobatoria del convenio por parte del Congreso, con lo cual la Corte se erige en conductora del trámite de los convenios. En la providencia, la Corte ha sido muy cautelosa en no involucrarse en consideraciones de fondo respecto del convenio, pues, en el evento de ser sometido a la aprobación del Congreso, y surtido ese trámite llegaría a la Corte, para control del fondo por vía de control previo, y mal haría en pronunciarse pues habría prejuzgado.

3.- Termina el auto comentado, por involucrarse en el área de los efectos del convenio de las bases. Como vimos, el Convenio entró en vigor al momento de la firma. A partir de ese instante se consolidó

el vínculo obligacional entre Colombia y los Estados Unidos. A partir de allí, sobrevino el efecto del “*Pacta Sunt Servanda*” (lo pactado debe cumplirse), de que trata la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, firmada por Colombia y ratificada por el Congreso mediante la Ley 32 de 1985, además del artículo 9 de la Carta. Frente a los Estados Unidos, se asumió una obligación de cumplir lo pactado, de la misma forma, como ese país, se encuentra en la obligación de cumplir. La incursión en ese efecto del convenio, por parte de un órgano colombiano o norteamericano, coloca a ese país en situación de incumplir, de deshonorar sus obligaciones. Pues bien, la Corte incurrió lamentablemente en ese terreno pues en la segunda disposición de la parte resolutive del auto se dispuso

“.....no puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne, de conformidad con lo establecido en los artículos 150.16, 154, 157, 158, 160, 165, 224 y 241 numeral 10 de la Carta Política...”

A pesar de ser la demanda que generó este trámite, una demanda de inconstitucionalidad, y de que la Corte asumió la competencia, no lo declaró inexecutable, no era del caso, pero, nótese que sin mencionar la nulidad, terminó por decretar los mismos efectos de la nulidad, al decretar que el tratado no surte efectos en el ordenamiento interno colombiano. Se decreta esa medida, como una índole de medida cautelar o provisional, restringida al ordenamiento interno, sin que la Carta le haya atribuido a la Corte facultades de esa naturaleza. Supongo que el razonamiento del ponente, fue el de considerar que si la Corte se arrogaba competencia para conocer, pues igual podía arrogarse la competencia de desconocer los efectos. Lo cierto e inequívoco, es que al hacerlo, colocó al Estado colombiano en situación de infracción de sus obligaciones internacionales. La medida, además, sugiere algo insólito, esto es, que si el convenio queda sin efectos internos en Colombia, sí puede continuar surtiendo efectos en el ordenamiento internacional. Nada impedirá que un acto de desarrollo del convenio en el exterior, escape a la decisión de la Corte, y peor aún, el razonamiento de la Corte, conduce a sugerir que el acuerdo si está vigente para los norteamericanos pero no para los colombianos. Menudo problema, e insólita inconsecuencia. En firme

el auto, esperemos contar con la indulgencia de nuestro interlocutor internacional, que es llamado a contar con nuestro compromiso, que luego se disuelve en una providencia judicial, atenta al efecto mediático.

Por lo demás, retrocedimos cien años. Célebre es la decisión de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de julio 1914 (G.J. T 23), al resolver la demanda contra la ley que aprobó el tratado Urrutia Thompson, que reiniciaba las relaciones con Estados Unidos, luego de los sucesos que en 1903 dieron lugar a la separación de Panamá. La Corte Suprema, en esa ocasión, se declaró inhibida, predicando que no tenía competencia para conocer de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, pues al decretar su inexecutable, colocaba a al Estado en situación deshonorar las obligaciones internacionales, lo cual era inadmisibles. Se trataba de un criterio monista progresista y acogido por la Corte Suprema en forma reiterada hasta 1987, cuando se decretó la inexecutable de la ley aprobatoria del tratado de extradición, por razones que es mejor no repetir. Pero volvimos a eso, al dualismo, la Corte mediante un auto, les da la espalda a los constituyentes del 91 que instauraron el control previo.

Nótese, por lo demás, que el auto es parco en la definición temporal de los efectos. Ha de entenderse que la cesación de efectos del convenio ocurre a partir de la ejecutoria del auto, lo que quiere decir que en el lapso transcurrido entre la firma y la ejecutoria, el convenio produjo plenamente sus efectos.

De paso, hay lugar a considerar igualmente, que los múltiples A.I.C.F.S que hay hoy día vigentes en Colombia, y que ahora por virtud del “control múltiple”, pueden ser demandados, generan efectos y plena aplicabilidad, hasta tanto la Corte no los retire del ordenamiento, por cuenta de una acción de inexecutable, presentada por cualquier ciudadano contra ellos.

A todo esto nos condujo ese juego del gato y el ratón, que sobre este tema se configuró entre demandantes y la Corte, entre 2006 y 2010, en el que la Corte no encaró el problema en 2006, y los sucesos la

condujeron a excederse en 2010. Este auto tal vez cierre la polémica de las bases, pero abre la de la suerte de los A.I.C.F.S a medida que sean demandados en adelante. El tema sigue en desarrollo.

1. El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia.- Ricardo Abello Galvis – Manuel Fernando Quinche Ramírez- Universidad del Rosario - 2008
2. Ibídem

Camilo Gutiérrez Jaramillo
Marzo 2011

