

H. H. Magistrados
Corte Constitucional
E. S. D.

Atención:
H. Magistrado
Jorge Iván Palacio Palacio

Referencia: concepto sobre la constitucionalidad del
*“Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia en
defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia
y de los Estados Unidos de América”*
Expedientes D-7964 y D-7965

Nosotros, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Juan Camilo Rivera Rugeles, director, coordinadora y abogado (respectivamente) de la Comisión Colombiana de Juristas, en atención a la solicitud hecha por la H. Corte Constitucional mediante auto del diez (10) de diciembre de 2009, nos permitimos rendir concepto de constitucionalidad acerca de las demandas de la referencia.

En este concepto defenderemos la siguiente tesis: el *“Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América”* (en adelante, “el Acuerdo”) es un auténtico tratado internacional, por lo que debió seguir el trámite que para este tipo de instrumentos prevé la Constitución Política (en adelante también “CP”), y no el de los acuerdos simplificados, que fue el que efectivamente se le dio. El haber sido aprobado mediante un procedimiento distinto al que por su naturaleza le era exigible vicia de manera insubsanable la constitucionalidad del Acuerdo. Es por esto por lo que recomendamos a la Corte que acoja las pretensiones de la demanda y declare la inconstitucionalidad de la totalidad del Acuerdo.

Los argumentos que sirven de base para nuestra tesis son los siguientes. Primero, afirmamos que la Corte Constitucional tiene competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad dirigidas contra un instrumento normativo de carácter internacional que ha sido tramitado como acuerdo simplificado cuando el cargo que ellas planteen cuestione que el procedimiento de aprobación que debió surtir es el propio de los tratados internacionales. Segundo, recordamos que los tratados internacionales y los acuerdos simplificados corresponden a dos clases de instrumentos de carácter internacional conceptualmente diferenciables, y que dicha diferencia tiene relevancia a nivel interno en cuanto al procedimiento establecido para su aprobación, ya que es distinto el trámite que debe seguirse para unos y otros, y darles a los tratados internacionales el trámite previsto para los acuerdos simplificados desconoce normas sustantivas y procedimentales de la CP, entre ellas algunas que establecen principios fundamentales del Estado colombiano. Tercero, argüimos que las características del Acuerdo permiten aseverar que este no puede ser catalogado como un acuerdo simplificado, sino que corresponde a un auténtico tratado internacional. Cuarto, señalamos que la conclusión que se desprende de los argumentos segundo y tercero es que la constitucionalidad del Acuerdo se encuentra viciada, en la medida en que este desconoció normas sustantivas y procedimentales de la CP que prescriben que los tratados internacionales deben ser tramitados siguiendo un procedimiento especial (que exige la participación de las ramas legislativa y judicial), el cual debió haber seguido el Acuerdo, dado que este instrumento es un tratado internacional. Y quinto, aducimos que cuando se presenta una situación como la descrita, es decir, cuando se comprueba que un acuerdo internacional fue tramitado como acuerdo simplificado a pesar de tener la naturaleza propia de un tratado internacional, lo que resulta procedente es declarar su

inconstitucionalidad, ya que, de un lado, no es posible subsanar este vicio de procedimiento y, de otro lado, no declarar la inconstitucionalidad del Acuerdo sería convalidar la elusión de las normas sustanciales y procesales que obligan a que en la aprobación de los tratados internacionales intervengan las ramas legislativa y judicial.

Las cinco afirmaciones que sirven de soporte a nuestra tesis serán abordadas en las páginas que siguen, dedicando una sección para cada una de ellas. Habrá una sexta sección que precederá a las demás, en la cual resumiremos las demandas de inconstitucionalidad que dieron lugar al proceso de constitucionalidad dentro del cual intervenimos. Estas demandas plantean cargos relacionados con la forma y con el fondo del Acuerdo, pero nuestro concepto se limitará a profundizar en el cargo de inconstitucionalidad que afirma que el Acuerdo es contrario a la CP por cuanto no fue tramitado como un tratado internacional. Este cargo de inconstitucionalidad es formulado por la demanda de inconstitucionalidad del radicado D-7964 (*infra*, sección I), y coincide en términos generales con la tesis que defendemos a lo largo de este escrito y que hemos formulado anteriormente.

1. Las demandas de inconstitucionalidad que dan lugar al proceso de la referencia

A continuación presentamos una breve reseña de las demandas de inconstitucionalidad identificadas con los números de radicado D-7964 y D-7965.

La demanda identificada con el radicado D-7964 afirma que el Acuerdo es contrario al Preámbulo y a los artículos 150.16, 173.4, 217 y 241.10 de la CP. La demanda controvierte el trámite que el Gobierno nacional decidió otorgarle al Acuerdo, arguyendo que este desborda el acuerdo militar de 1974 suscrito entre Colombia y Estados Unidos. En la medida en que el Acuerdo –continúa la demanda– no se enmarca dentro del mencionado acuerdo militar de 1974, no puede ser considerado como un acuerdo simplificado, sino que debió dársele el tratamiento propio de un tratado internacional. En ese sentido, el Gobierno nacional debió someter el Acuerdo a la aprobación mediante ley de la república (artículo 150.16 de la CP) y enviar la ley aprobatoria a control automático por parte de la Corte Constitucional (artículo 241.10). Adicionalmente, expone la demanda que el Acuerdo debió cumplir lo prescrito en el artículo 173.4 de la CP, el cual señala que es atribución del Senado autorizar el tránsito de tropas extranjeras por territorio colombiano. Finalmente, manifiesta que la norma demandada es contraria al artículo 217 de la CP, ya que establece una defensa compartida, deslegitimando el mandato constitucional otorgado a las fuerzas militares, de acuerdo con el cual a estas les compete de manera exclusiva la defensa de la nación.

Por su parte, la demanda identificada con el radicado D-7965 afirma que el Acuerdo es contrario al Preámbulo y a los artículos 150.16, 189.2, 224 y 237 de la CP. Según la demanda, los acuerdos simplificados, en la medida en que son también tratados internacionales, requieren del procedimiento de aprobación previsto para estos últimos, el cual exige la intervención del legislador (artículo 150.16 de la CP) y de la Corte Constitucional (artículo 241.10 de la CP). Además de lo anterior, también debe declararse la inconstitucionalidad del Acuerdo por desconocimiento de la soberanía nacional, prevista en el artículo 9 de la CP (los demandantes no desarrollan con más detalle este punto).

2. La competencia de la Corte Constitucional para conocer de la demandas de la referencia

En esta primera sección expondremos los argumentos por los que consideramos que la Corte Constitucional está facultada para resolver de fondo los cargos de inconstitucionalidad planteados por las demandas a las que nos referimos en la sección primera. La tesis que sostendremos para justificar la competencia de la Corte Constitucional en el presente asunto es la siguiente: la Corte tiene competencia para resolver demandas ciudadanas que controviertan

la constitucionalidad de un instrumento normativo de carácter internacional al que se le haya dado la denominación de acuerdo simplificado, cuando en dichas demandas se argumente que el procedimiento de aprobación de los instrumentos demandados debió ser el previsto por la CP para los tratados internacionales. Esta tesis está soportada en los argumentos que exponemos a continuación.

En el derecho interno colombiano se acoge la distinción –existente en el derecho internacional– entre dos clases de acuerdos internacionales: los tratados internacionales y los acuerdos simplificados. Esta distinción tiene importantes consecuencias respecto del procedimiento de aprobación de los acuerdos internacionales, siendo más riguroso el procedimiento previsto para los tratados internacionales que el de los acuerdos simplificados. Sobre las diferencias específicas que existen en el trámite de aprobación de ambas categorías de acuerdos volveremos más adelante (*infra*, sección III). Por lo pronto basta señalar una diferencia que es relevante para efectos de determinar la competencia de la Corte Constitucional en el presente proceso. Se trata del control de constitucionalidad que sobre tales acuerdos internacionales debe ejercerse. Mientras que la CP establece que la Corte Constitucional está facultada para ejercer control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales (artículo 241.10 de la CP), guarda silencio respecto del órgano competente para adelantar dicho control cuando se trate de acuerdos simplificados.

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano la atribución de calificar si un acuerdo internacional determinado tiene la naturaleza de un tratado internacional o de un acuerdo simplificado corresponde inicialmente al Presidente de la República, en tanto que es él quien debe “*dirigir las relaciones internacionales*” (artículo 189.2 de la CP). Esta atribución del Presidente no puede ser ejercida de manera arbitraria, pues de ella depende el curso que deba seguir un acuerdo internacional para ser aprobado en el derecho interno. Si se le otorgara al Presidente total libertad para calificar cuándo un acuerdo internacional debe ser tramitado como tratado internacional y cuándo como acuerdo simplificado, se abriría entonces la posibilidad de que se desconocieran los procedimientos previstos por la CP para la aprobación de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, si el Presidente no estuviera atado a ningún criterio para realizar tal calificación, sería válido que un genuino tratado internacional no fuera sometido al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (artículo 241.10 de la CP), en caso de que el Presidente supusiera que el trámite que debe seguir es el previsto para los acuerdos simplificados.

Para evitar esta posibilidad, que puede socavar el sistema de colaboración y mutuo control entre los poderes públicos previstos en la CP para la aprobación de los tratados internacionales, debe permitirse que se pueda controvertir la decisión del Presidente de darle determinado curso en el derecho interno a un acuerdo internacional, y la acción pública de inconstitucionalidad es una de las vías adecuadas para lograrlo. En este sentido, hablando específicamente del caso de los acuerdos internacionales que crean nuevas obligaciones para el Estado, pero que son tramitados como acuerdos simplificados, el mecanismo idóneo para exigir que ese acto cumpla con los procedimientos diseñados por la CP es la acción pública de inconstitucionalidad, mediante la cual los ciudadanos pueden denunciar que un acuerdo internacional debe ser declarado contrario a la Constitución en la medida en que fue tramitado con desconocimiento de lo que ella prevé.

A nuestro juicio, la Corte Constitucional es el órgano encargado de conocer de esta acción de inconstitucionalidad, tal como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 241.10 de la CP. Este artículo, leído a la luz de las particularidades del caso, plantea –cuando menos– dos posibles interpretaciones: una, de acuerdo con la cual la Corte Constitucional tiene la atribución de revisar los acuerdos internacionales a los que el Presidente de la República les dé el trámite de los tratados internacionales, y la otra, que sostiene que la Corte Constitucional es competente para conocer de aquellos acuerdos internacionales que tengan la naturaleza de

tratados internacionales. Según la interpretación que se escoja variará el alcance de la competencia que la CP le concede a la Corte para conocer de tratados internacionales. Si se acepta la primera lectura, podemos afirmar que la Corte sólo podrá ejercer dicha competencia en la medida en que el Presidente así se lo permita (es decir, cuando decida *motu proprio* que un acuerdo internacional es un tratado). Pero si se acepta la segunda lectura, tendrá que reconocerse que dicha competencia depende de la naturaleza del acto controlado, mas no del trámite que el Presidente decida darle a él.

En nuestra opinión, la única lectura acorde con el sistema de separación de poderes y controles imbricados establecido en la CP es la que no le concede al Presidente la facultad de interferir en el alcance del control constitucional ejercido por la Corte. En consecuencia, consideramos que para que exista un verdadero control a la decisión presidencial de darles a los acuerdos internacionales un determinado curso, que evite que se eludan los procedimientos consagrados por la CP para los tratados internacionales, debe permitirse el uso de la acción pública de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional decida sobre el particular.

Ahora bien, consideramos que el uso de la acción pública en contra de acuerdos simplificados debe ser válida *tan sólo* para efectos de controlar que el Presidente les haya dado el correcto trámite a los acuerdos simplificados, evitando así que la calificación de tales acuerdos internacionales como acuerdos de carácter simplificado sirva para eludir o burlar procedimientos constitucionalmente reconocidos. Así, reconocemos que la Corte Constitucional no puede juzgar cualquier tipo de acciones de inconstitucionalidad planteadas contra los acuerdos simplificados, ya que algunas de ellas pueden tener por pretensión que estos se confronten con el tratado internacional que les sirve de base, y no directamente con la CP, lo cual excede las competencias de la Corte¹. Sin embargo la confrontación del trámite dado a determinado acuerdo simplificado, atendiendo a su contenido, con el trámite establecido en la C.P. para los tratados internacionales, se enmarca planamente en las atribuciones que la Carta reconoce a la Corte.

Por esta razón consideramos que la Corte Constitucional sólo puede estudiar el cargo planteado por la demanda D-7964 que sostiene que el Acuerdo debió ser tramitado como tratado internacional y no –como ciertamente sucedió– como un acuerdo simplificado.

Respecto de los demás cargos planteados por las demandas *sub judice* la Corte debe declararse inhibida. Esto es así por cuanto frente a los cargos que cuestionan el contenido del Acuerdo sólo existen dos escenarios posibles, ninguno de los cuales habilita a la Corte para pronunciarse. En un primer escenario, puede imaginarse que la Corte concluye que el Presidente no estuvo equivocado en tramitar el Acuerdo como un acuerdo simplificado. En ese caso, la Corte no podría estudiar el fondo del Acuerdo porque ello requeriría confrontar su contenido con el de los tratados marco que se invocan como sustento, y ese juicio de confrontación no lo puede realizar la Corte. Un escenario distinto se daría si la Corte concluye que el Acuerdo efectivamente constituye un tratado internacional, caso en el cual lo que resulta procedente es declarar su inconstitucionalidad (*infra*, sección VI), por lo que no habría razón para estudiar el fondo del Acuerdo.

Ahora bien, podría objetarse que no es posible utilizar la acción de inconstitucionalidad para los efectos que aquí hemos sugerido, ya que ello iría en contra del texto mismo del artículo

¹ Así lo ha considerado la Corte Constitucional, al afirmar que “*en la medida en que el acuerdo simplificado forme parte, como necesario instrumento de ejecución, de un tratado que haya sido sometido al trámite completo y propio de los tratados y no contenga obligaciones nuevas que excedan el marco de los compromisos expresamente enunciados en el tratado sujeto a aprobación legislativa y control de constitucionalidad, no se ve razón constitucional que imponga la sumisión a los trámites completos y al control de la Corte. En ese supuesto se estaría confrontando el acuerdo no tanto con las normas constitucionales como con el texto del Tratado a cuyo desarrollo y ejecución propende, lo cual excede de manera evidente la precisa competencia de esta Corporación en la materia*”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-363 de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

241.10 de la CP, el cual diseñó un control automático que no puede ser activado por vía de acción pública. Sin embargo, esta observación no desvirtúa la validez de nuestra tesis, ya que desconoce la práctica que la Corte Constitucional, guardiana de la CP, ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia. En efecto, en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha validado la utilización de la acción pública de inconstitucionalidad con el propósito de controvertir normas respecto de las cuales la CP sólo estableció un control constitucional automático. Esto ha sucedido, por ejemplo, en el caso de las leyes estatutarias, respecto de las cuales en supuestos específicos y excepcionales ha admitido que sea objeto de acción pública de inconstitucionalidad². Este ejemplo demuestra que la utilización de la acción pública para controvertir normas que son objeto de control automático es una práctica que *per se* no contraría la naturaleza de dicho control.

Podría también afirmarse que el alcance de la competencia de la Corte Constitucional no puede extenderse más allá de los estrictos y precisos términos en los que el artículo 241 de la Constitución define la competencia del tribunal. Para los efectos de este estudio, resulta pertinente lo indicado en su numeral 10º, el cual establece la competencia de la Corte para ejercer control ~~de~~ constitucional automático sobre las leyes aprobatorias de tratados. Este artículo no señala de manera expresa que se pueda controvertir la constitucionalidad de un tratado internacional tramitado como acuerdo simplificado, ya que a la luz de este numeral sólo son susceptibles de control constitucional los tratados internacionales aprobados mediante ley de la república. Esto quiere decir que respecto del asunto mencionado existe una *laguna*, que debe ser suplida a la luz de los métodos generales de interpretación.

Así, comenzamos por hacer notar que una interpretación *literal* del artículo 241.10 excluiría cualquier posibilidad de que la Corte conociera de tratados internacionales que no hayan sido previamente tramitados y aprobados mediante ley de la república, ya que dicho artículo es claro al establecer que la Corte debe decidir sobre la constitucionalidad de los tratados “*y de las leyes que los aprueben*”. Este artículo sugiere que para hacer control de constitucionalidad de un tratado debe hacerse igualmente respecto de la ley aprobatoria, y si esta no existe entonces tampoco se puede revisar el contenido de aquel.

Sin embargo, esta interpretación literal puede dar lugar a un resultado contrario a otros mandatos de la Constitución, como aquellos que regulan el trámite de aprobación de los tratados internacionales (*infra*, sección III), ya que no permitiría verificar que un acuerdo internacional tramitado mediante un procedimiento simplificado burló los procedimientos dispuestos para los tratados internacionales. Igualmente, en la medida en que se podrían desconocer las normas constitucionales que establecen el trámite de aprobación de los tratados, se vulneraría también la supremacía de la Constitución (artículo 4 de la CP).

Este panorama plantea entonces el siguiente problema: si se interpreta de manera literal el mandato del artículo 241.10 de la Constitución aparentemente se le estaría dando estricto cumplimiento a la norma constitucional que menciona que la Corte Constitucional sólo puede ejercer su autoridad en los precisos y concretos términos de dicho artículo (artículo 241 inciso 1º de la CP), pero a la vez se abriría la posibilidad de que se burlaran los procedimientos de aprobación de un tratado, violando la supremacía de la Constitución. ¿Qué hacer entonces frente a esta situación?

A nuestro juicio, la opción por la que se debe optar es aquella que proteja en mayor medida la supremacía de la CP, para lo cual debe complementarse la interpretación literal de la norma (ya que esta es insuficiente para dar una respuesta adecuada al problema) con una interpretación

² Ello sucede cuando la acción pública de inconstitucionalidad plantea cargos respecto de los cuales la Corte no se había pronunciado en la sentencia que revisó de manera automática tales leyes. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-029 de 2009, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, y C-238 de 2006, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

sistemática, que integre al análisis una visión más amplia de las normas constitucionales, con el propósito de que ellas *en su conjunto* sean tenidas en cuenta a la hora de resolver el problema que se plantea. En nuestra opinión, resultan especialmente relevantes las cláusulas constitucionales de separación de poderes y de supremacía de la Constitución. Si se admite que la interpretación correcta del artículo 241.10 es aquella que excluye la posibilidad de que la Corte Constitucional revise acuerdos internacionales que a pesar de crear obligaciones nuevas no siguieron el trámite de los tratados internacionales, entonces se pondría en entredicho el principio de separación de poderes, en la medida en que el alcance de las funciones de la Corte dependería de una decisión de Presidente, lo cual le da a este una preponderancia desproporcionada frente al tribunal constitucional, tal como lo sostuvimos *supra*. Además, en la medida en que este principio es uno de los elementos definitorios de la CP, también se desconocería la supremacía de esta última.

De lo anterior se sigue que una visión integral de la Constitución Política y de los mandatos que ella establece requiere que la interpretación del artículo 241.10 sea otra, una que no haga depender de la decisión del Presidente el cumplimiento de las normas que definen el trámite de los tratados internacionales. Esta interpretación requiere, en consecuencia, buscar dentro del artículo 241.10 un parámetro objetivo para la calificación de los acuerdos internacionales sujetos a control constitucional. De la lectura de la norma en comento se puede advertir que el único parámetro que ella establece para tal efecto es la noción misma de tratado internacional. Ella debe servir entonces para identificar el alcance del control constitucional, de tal manera que este armonice con las demás disposiciones de la CP. Con base en este parámetro objetivo, puede dilucidarse la siguiente regla: la Corte Constitucional debe decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, entendidos por tales aquellos acuerdos internacionales que establecen obligaciones nuevas o inéditas para el Estado colombiano, sin importar de si fueron aprobados o no previamente aprobados mediante ley de la república.

Por último, es preciso anotar que la jurisprudencia constitucional apunta hacia la misma conclusión a la que hemos llegado en las líneas precedentes. En los pronunciamientos en los que ha hecho alusión al tema del control de los acuerdos simplificados ha sostenido de manera repetida que aun cuando en el texto de la Constitución Política no se mencione sino a los tratados para efectos de su aprobación o improbación, y del control constitucional, ello no significa que los demás acuerdos internacionales, como los simplificados, no requieran aprobación del Congreso mediante ley, sanción ejecutiva y revisión constitucional, formal y material por la Corte Constitucional, pues se trata de verdaderos tratados internacionales³.

Esta ha sido la postura que la Corte sentó en 1998, fecha a partir de la cual la ha venido sosteniendo de manera unánime y reiterada. La postura de la Corte indica que ella no es competente para controlar la constitucionalidad de los acuerdos simplificados cuando ellos son verdaderos acuerdos simplificados (porque se enmarcan dentro de lo establecido por un tratado previamente celebrado y, en esa medida, no crean obligaciones nuevas). *Contrario sensu*, si un acuerdo se considera simplificado tan sólo por su trámite de aprobación a nivel interno, la Corte sí puede verificar su constitucionalidad, ya que en ese caso se trata de un auténtico tratado internacional, y ellos están sujetos a control de constitucionalidad.

Ahora, para refutar la lectura que hacemos de la línea argumental sostenida por la Corte Constitucional desde 1998 hasta la fecha podría afirmarse que si la Corte Constitucional estuviera de acuerdo con la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad para atacar acuerdos internacionales tramitados como simplificados a pesar de consagrar nuevas obligaciones ya lo habría dejado en claro en los pronunciamientos previos en los que hizo referencia al control de los acuerdos simplificados. Sin embargo, vale la pena anotar que la

³ Corte Constitucional, sentencia C-710 de 1998, M. P.: Hernando herrera Vergara.

Corte no ha abordado directamente este punto, por lo que la cuestión permanece abierta⁴. Así, esta demanda de inconstitucionalidad representa una valiosa oportunidad para la Corte Constitucional, en la medida en que le permitirá pronunciarse sobre un tema que ha dejado de lado en los pronunciamientos anteriores sobre acuerdos simplificados: el control a la decisión presidencial de tramitar un acuerdo como tratado internacional o como acuerdo simplificado.

Con base en los argumentos que expusimos antes, la primera conclusión a la que llegamos en este concepto es la siguiente: la Corte Constitucional es competente para conocer de demandas de inconstitucionalidad que, al igual que las demandas de la referencia, planteen cargos en contra de acuerdos simplificados, argumentando que su inconstitucionalidad se deriva de que ellos no fueron tramitados como tratados internacionales. Esta afirmación parte de considerar que la Corte Constitucional ejerce su competencia para revisar tratados internacionales sin importar la denominación que se les dé a los mismos, sino prestando atención a la naturaleza del acuerdo sometido a revisión. Esta lectura está en coherencia con el sistema de pesos y contrapesos establecido en la CP, y no desconoce el carácter automático del control sobre los tratados internacionales, en la medida en que reconoce que excepcionalmente los mismos pueden ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad.

De esta forma dejamos planteados los argumentos que soportan la primera de la tesis que sostendremos en este concepto.

3. Diferencias entre los tratados internacionales y los acuerdos simplificados

En este acápite explicaremos las diferencias que existen entre los tratados internacionales y los acuerdos simplificados. Para ello, estudiaremos tanto sus diferencias materiales (relacionadas con el contenido) como las diferencias formales (relacionadas con el trámite de aprobación.) Es importante tener claridad respecto de esta diferencia, ya que sólo de esta forma se podrá luego analizar qué clase de acuerdo internacional es el instrumento cuya constitucionalidad se impugna, *i. e.* el Acuerdo.

En el derecho internacional se distinguen dos categorías distintas de acuerdos internacionales, dependiendo del procedimiento de aprobación que ellos deban cumplir. Por un lado, existen los denominados tratados internacionales, que consisten en acuerdos internacionales celebrados por escrito (i) entre uno o varios Estados, (ii) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, y (iii) entre una o varias organizaciones internacionales entre sí, que son regidos por el derecho internacional y que constan en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, *“cualquiera que sea su denominación particular”*⁵. Estos acuerdos requieren para su perfeccionamiento un acto de ratificación.

Por su parte, los acuerdos simplificados son aquellos que se enmarcan dentro de un tratado internacional previamente celebrado, del cual son un simple desarrollo. No establecen, por lo tanto, obligaciones nuevas, sino que concretan las previamente contraídas por un tratado internacional preexistente⁶.

⁴ En el mismo sentido, *cf.* Ricardo Abello Galvis y Manuel Fernando Quinche Ramírez, “El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión del control”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2006 n.º 8, pp. 42 y 43.

⁵ Al respecto, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 (en adelante “Viena I”), y Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, adoptada en Viena el 21 de marzo de 1986 (en adelante “Viena II”), aprobada por Colombia mediante ley 406 de 1997, revisada mediante sentencia C-400 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Estos acuerdos simplificados están previstos en los artículos 11 a 17 de Viena I y Viena II. Así también lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-400 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

De acuerdo con lo anterior, tanto los acuerdos simplificados como los tratados internacionales son dos categorías específicas del género de los acuerdos internacionales. La diferencia que existe entre unos y otros, a saber, que unos crean obligaciones internacionales para el Estado mientras que los otros se limitan a concretar las ya existentes, justifica la existencia de un procedimiento distinto de aprobación para unos y otros. Así lo reconoce el ordenamiento jurídico colombiano, el cual establece un trámite de aprobación complejo para los tratados internacionales, y uno abreviado para los acuerdos simplificados.

Por un lado, en cuanto a los tratados internacionales la Constitución establece algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta para efectos de su aprobación. En primer lugar, los artículos 150.16 y 224 de la CP señalan que es función del Congreso aprobar los tratados internacionales suscritos por el Presidente. En segundo lugar, el artículo 189.2 indica que es función exclusiva del Presidente la de celebrar tratados internacionales. Y en tercer lugar, el artículo 241.10 inscribe dentro del listado de tareas de la Corte Constitucional la de decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales, una vez hayan sido suscritos por el Presidente y aprobados mediante ley por el Congreso.

Con base en lo anterior, podemos distinguir los pasos que conforman el procedimiento de aprobación en el derecho interno de un tratado internacional. Este procedimiento interno empieza con la manifestación del Presidente de obligarse a los términos del tratado, el cual debe luego ser sometido a la aprobación del legislativo. Una vez el legislativo ha hecho esto mediante una ley (denominada genéricamente *ley aprobatoria de tratado*), esta debe pasar a control automático por parte de la Corte Constitucional. Finalmente, en caso de que la Corte declare que el contenido del tratado es acorde a los términos de la Constitución, el Presidente podrá ratificar el tratado internacional en cuestión. Para llegar a este último paso es necesario que los anteriores se hayan surtido de manera exitosa. Es por esto que la Corte Constitucional ha sostenido que, respecto de los tratados internacionales *“es una norma fundamental sobre competencia de nuestro ordenamiento que debe haber previamente aprobación del Congreso y revisión constitucional por esta Corte para que el Ejecutivo pueda manifestar internacionalmente el consentimiento de Colombia”*⁷.

Por su parte, el trámite de aprobación es diferente cuando se trata de acuerdos simplificados. En este caso no se requiere que un acuerdo internacional sea sometido a aprobación del legislador y posteriormente a revisión automática de la Corte Constitucional, sino que la firma del Presidente o de un funcionario autorizado por él para tal efecto (un plenipotenciario) basta para que el acuerdo entre en vigor.

La razón del procedimiento de aprobación diferente ya la hemos dejado enunciado antes. En el caso de los tratados se exige un procedimiento complejo de aprobación en la medida en que a través de estos se crean normas jurídicas que, en tanto tales, son vinculantes para el Estado, y regulan materias no previstas por otro tratado internacional, lo cual justifica que el órgano legislativo las apruebe mediante ley y que la Corte Constitucional revise si estas obligaciones que se pretende adquirir resultan ajustadas a la Constitución. En cambio, no se exigen estos dos pasos para los acuerdos simplificados, porque ellos ya fueron aprobados mediante una ley de la república y ya hubo un juicio de constitucionalidad que determinó que la obligación internacional que desarrollan se ajusta a los preceptos constitucionales.

De lo expuesto antes podemos llegar a nuestra segunda conclusión: la naturaleza de los acuerdos internacionales condiciona su procedimiento de aprobación, y no al contrario. Dado que mediante los tratados internacionales se adquieren obligaciones nuevas ellos deben ser aprobados mediante ley (para que tengan validez en el derecho interno) y revisados por la Corte Constitucional (para verificar que tales obligaciones nuevas no se oponen a la CP).

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

4. El Acuerdo tiene la naturaleza de tratado internacional, no de acuerdo simplificado

En esta sección sostendremos la tesis de que el Acuerdo es un auténtico tratado internacional, en la medida en que no se limita a desarrollar las obligaciones contraídas por Colombia a través de acuerdos internacionales previamente celebrados (y que son citados en el preámbulo del Acuerdo), sino que en virtud de él se contrajeron nuevas obligaciones internacionales, lo que permite calificarlo como un tratado internacional en sentido estricto.

Con el propósito de respaldar nuestro aserto, haremos una breve presentación del contenido del Acuerdo, para luego mencionar cuáles son sus disposiciones que en nuestro criterio dan lugar a obligaciones nuevas para el Estado colombiano, que no se enmarcan en aquellas previamente establecidas por los acuerdos internacionales celebrados por nuestro país con anterioridad a la fecha de suscripción del Acuerdo. Para demostrar lo anterior explicaremos por qué las obligaciones identificadas desbordan los tratados internacionales previamente celebrados por Colombia.

4.1. Breve descripción del Acuerdo

El Acuerdo fue concebido como un instrumento para profundizar la cooperación entre los Estados Unidos de América y Colombia en determinadas materias, a saber, la interoperabilidad, los procedimientos conjuntos, logística y equipos, entrenamiento e instrucción, operaciones de inteligencia, capacidades de vigilancia y reconocimiento, ejercicios combinados y *“otras actividades mutuamente acordadas”*. Asimismo, el Acuerdo se propone profundizar la cooperación para enfrentar amenazas comunes a la paz, la estabilidad, la libertad y la democracia⁸.

Con el propósito de lograr estos objetivos, el Acuerdo consagra una serie de obligaciones, algunas de carácter bilateral, y otras de carácter unilateral, que corren unas por cuenta de Colombia y otras por cuenta de los Estados Unidos de América. Con el propósito de lograr una mayor precisión y claridad en este concepto, no identificaremos cada una de las obligaciones unilaterales y bilaterales asumidas por Colombia en virtud del Acuerdo, ni tampoco identificaremos cada una de las obligaciones que Colombia contrajo en virtud de la celebración de los acuerdos internacionales citados en el preámbulo del Acuerdo. En cambio, nos limitaremos a señalar cuáles son las materias que constituyen obligaciones nuevas para Colombia, y explicaremos luego por qué ellas no pueden estar encuadradas en los acuerdos internacionales relevantes que supuestamente les sirven de marco.

4.2. Obligaciones nuevas contraídas por Colombia en virtud de la celebración del Acuerdo, que no tienen precedente en otro acuerdo internacional previamente celebrado

A la luz de las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, procederemos a enlistar las obligaciones nuevas que Colombia adquirió en virtud del Acuerdo. Para efectos de concreción, en lugar de enlistar todas y cada una de las obligaciones adquiridas por Colombia en virtud del Acuerdo, optaremos tan solo por referirnos a aquellas que dan lugar a obligaciones nuevas.

Antes de analizar de manera concreta cuáles son las obligaciones nuevas asumidas por Colombia en virtud del Acuerdo, conviene subrayar que este no identifica con precisión las obligaciones previamente contraídas por Colombia que supuestamente son desarrolladas por

⁸ Artículo III del Acuerdo. En lo sucesivo, las citas de los apartados del Acuerdo se realizarán entre paréntesis dentro del texto del concepto. Primero se indicará en números romanos el artículo que se cita, y luego en números arábigos se hará mención al párrafo citado.

medio de aquel. Por el contrario, se limita a invocar una serie de instrumentos internacionales, de distinta naturaleza, cuyas disposiciones abordan un número variado de temas.

Lo anterior dificulta la identificación de las obligaciones que el Acuerdo aparentemente desarrolla, ya que obliga a que sus disposiciones se confronten con un conjunto vasto de normas, para efectos de determinar si las primeras tienen fundamento en algunas de las normas que hacen parte de dicho conjunto. Para enfrentar esta dificultad, las obligaciones que a nuestro juicio son nuevas para Colombia tan solo las compararemos con los acuerdos internacionales de los que *prima facie* podría decirse que dan sustento a las disposiciones del Acuerdo. Esta metodología hará que el concepto sea más preciso y se ocupe de los aspectos más relevantes.

4.2.1. El acceso, uso y propiedad de instalaciones militares de Colombia

Según el Acuerdo, Colombia se obliga a “*continuar[...] permitiendo*” el uso y acceso a distintas instalaciones de las fuerzas militares de Colombia⁹, así como a “*las demás instalaciones y ubicaciones en que convengan las Partes [del Acuerdo] o sus Partes Operativas [los ministerios de defensa de ambos países]*” (artículo IV.1). Esta obligación comprende los deberes de (i) permitir el uso sin cobros de alquiler “*ni costos parecidos*” (artículo IV.2) y de (ii) autorizar al personal, a los contratistas y a los empleos de los contratistas de los Estados Unidos para circular dentro y entre las instalaciones convenidas (artículo IV.3).

La autorización para el acceso, uso y propiedad de las instalaciones militares a las que hace referencia el Acuerdo no se enmarcan dentro de las obligaciones previamente asumidas por Colombia, sino que corresponde a una obligación nueva, que Colombia asumió tan solo a partir del momento en el que entró en vigor el Acuerdo. En otras palabras, el artículo IV del Acuerdo, más que obligar a Colombia a *continuar permitiendo* el uso y acceso a determinadas instalaciones de las fuerzas militares, *autoriza a que por primera vez* esto se lleve a cabo.

En efecto, aunque el Estado colombiano ha celebrado con el de los Estados Unidos acuerdos de asistencia y de cooperación con fines comerciales y de paz, e incluso algunos sobre temas militares, ninguno de tales acuerdos, ni de manera explícita ni tácita, da a entender que el desarrollo de las obligaciones que ellos establecen dependa del uso de bases militares de Colombia por parte de personal de los Estados Unidos.

Por un lado, ninguno de los acuerdos que ha celebrado Colombia con los Estados Unidos prevén de manera expresa la posibilidad de que el primero le permita al segundo hacer uso de sus instalaciones militares. Para concluir esto basta simplemente leer las disposiciones de los acuerdos a los que hacemos referencia, donde el tema del establecimiento por prolongados periodos de tiempo se encuentra totalmente ausente.

Tan solo uno de los instrumentos invocados por el Acuerdo hace referencia a bases militares colombianas, denominado “*Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a una misión del ejército, una misión naval y una misión aérea de las fuerzas militares de los Estados Unidos de América en la República de Colombia*”, suscrito en 1974. Sin embargo, a pesar de que tanto el Acuerdo como el instrumento internacional citado hacen referencia bases militares colombianas, ambas los hacen en sentidos distintos, por lo que no se puede afirmar que uno es desarrollo del otro. Así, mientras que el instrumento citado tiene como propósito prorrogar la vigencia de algunas misiones militares que habían sido previamente autorizadas, sin que eso implicara la permanencia de personal armado en el

⁹ Las bases de las fuerzas militares que Colombia autoriza que sean utilizadas son las siguientes: las bases aéreas Germán Olano Moreno (Palenquero), Alberto Pawells Rodríguez (Malambo) y Capitán Luís Fernando Gómez Niño (Apíay); los fuertes militares de Tolemaida (Nilo) y Larandía (Florencia); y las bases navales ARC Bolívar (Cartagena) y ARC Málaga (Bahía Málaga).

territorio colombiano, el Acuerdo se refiere a materias distintas, ya que (a) autoriza el uso, acceso y propiedad de bases militares colombianas en las cuales no tenía participación los Estados Unidos hasta antes de la forma del Acuerdo, (b) autoriza la permanencia de personal de los Estados Unidos aun cuando posean armamento, y (c) no limita la permanencia al fin de prestar cooperación consultiva y técnica a las fuerzas militares colombianas (como sí lo hacía el instrumento internacional al que antes nos referimos), sino que prevé la posibilidad de que el personal de los Estados Unidos realice operaciones en el territorio colombiano (p. ej. artículo V.1).

Además, por otro lado, en los instrumentos internacionales tampoco existe una autorización tácita que permita afirmar que la obligación que estudiamos es desarrollo de una previamente existente. En este sentido, el acuerdo de 1974 no puede ser invocado como fundamento para el establecimiento de bases militares con carácter prolongado, ya que ese acuerdo tenía el único propósito de extender la duración de unas misiones militares que ya habían sido convenidas, y no pretendía dar lugar a misiones nuevas que se establecieran en otras instalaciones militares. Por su parte, el “*Acuerdo de asistencia militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América*”, firmado en 1952, tampoco habilita esa posibilidad, ya que se circunscribe al propósito de promover y mantener la paz en Colombia. Podría decirse que este propósito da fundamento al establecimiento de personal estadounidense en bases militares colombianas, ya que ayuda a afrontar el narcotráfico, uno de los problemas que alteran la paz en Colombia, pero esta afirmación no es cierta por lo menos por dos razones. Por un lado, por cuanto el acuerdo de 1952 especifica los mecanismos por medio de los cuales se busca alcanzar y mantener la paz, sin mencionar el establecimiento de bases militares en Colombia para que sean utilizadas por personal de Estados Unidos. Y por otro lado, porque aún admitiendo que el establecimiento de bases sea un mecanismo que pueda ser utilizado para mantener la paz, es preciso subrayar que el Acuerdo no limita de manera expresa la realización de operaciones con la única finalidad de combatir el problemas que alteren la paz, por lo que no encontrarían fundamento en el acuerdo de 1952.

Los anteriores argumentos pretenden respaldar la tesis según la cual la obligación asumida por Colombia para permitir a los Estados Unidos el acceso, la propiedad y el uso de instalaciones militares es nueva, y no un desarrollo de una previamente asumida.

4.2.2. Otorgamiento de privilegios e inmunidades a favor de personal militar y civil de Estados Unidos

El segundo tema que identificamos como una obligación nueva es el referido a los privilegios e inmunidades que se le confieren al personal civil y militar de los Estados Unidos que se encuentren en Colombia con el propósito de llevar a cabo las actividades autorizadas por el Acuerdo. Al igual que lo hicimos en el punto anterior, con relación a este diremos que no encuentra sustento, tácito o expreso, en ninguno de los acuerdos internacionales previamente celebrados por Colombia. Pero además, manifestaremos que incluso si existe alguna norma internacional que pueda darle fundamento a la extensión de los privilegios e inmunidades a favor de personas que normalmente no son beneficiarias de estos, en todo caso ese tema debió haber sido regulado por medio de tratado, ya que la jurisprudencia constitucional así lo ha definido.

Así, para empezar señalaremos que frente al tema de los privilegios e inmunidades el Acuerdo sí identificó las obligaciones previamente asumidas que supuestamente son desarrolladas. Sin embargo, las disposiciones que son invocadas no le dan sustento al artículo VIII del Acuerdo, relacionado con privilegios e inmunidades. En primer lugar, no puede citarse al convenio de 1974 con el propósito de darle fundamento al otorgamiento de privilegios e inmunidades, ya que (a) ese acuerdo estableció privilegios e inmunidades sólo con relación a las misiones a las que se refiere ese acuerdo, y no lo hizo de manera generalizada como para pretender que

resulte aplicable actualmente, y (b) aún en la hipótesis de que los privilegios e inmunidades establecidos en el acuerdo de 1974 pudieran extenderse a personas que ocupen otras bases militares, conviene notar que el Acuerdo amplió los términos de los privilegios e inmunidades, ya que no sólo lo reconoce a favor de militares (como estaba previsto en el acuerdo de 1974), sino también a favor de civiles relacionados con las misiones, excediendo la obligación antes asumida.

Algo similar cabe decir respecto del artículo V del acuerdo de 1952. De manera clara, este artículo señala que Colombia y Estados Unidos se comprometen a otorgar al personal del otro país que se relacionen con la ejecución de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo en cita todas las prerrogativas y privilegios que se le reconocen al personal de una Embajada. Fácilmente puede advertirse que esta disposición no puede ser invocada para otorgar privilegios e inmunidades para personal civil y militar que va a cumplir una misión diferente a la regulada en el acuerdo de 1952.

Y además de que el otorgamiento de privilegios e inmunidades no desarrolla ninguna disposición previamente asumida, existe otra razón adicional que sirve para afirmar que este tema debería ser abordado mediante un tratado internacional, y no mediante un acuerdo simplificado. De acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el tema de privilegios e inmunidades debe ser regulado mediante tratado internacional, y no mediante acuerdos simplificados. Así, al revisar una cláusula de la Convención sobre la Seguridad Personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, que contemplaba la posibilidad de culminar acuerdos sobre privilegios e inmunidades, afirmó la Corte Constitucional:

En todo caso, los acuerdos que se desarrollen en cumplimiento del artículo 4 de esta Convención, deberán ser sometidos al trámite constitucional previsto para los tratados, esto es, a la adopción por parte del Congreso y a la revisión constitucional, teniendo en cuenta la incidencia de estas operaciones y el hecho de que el establecimiento de prerrogativas e inmunidades para los componentes militares y de policía de la operación puede llegar a comprometer el ejercicio de la soberanía y la protección de los derechos de los habitantes del territorio colombiano¹⁰.

5. Conclusión: el Acuerdo debió haber sido aprobado mediante tratado internacional, y el no hacerlo conduce a que sea inconstitucional

De las tesis que defendimos en los dos apartados anteriores (3 y 4) podemos llegar a la siguiente conclusión: debido a las materias que trata, el Acuerdo debió haber sido tramitado como un tratado internacional (aprobación mediante ley y revisión constitucional de la Corte Constitucional) y no mediante un acuerdo simplificado. Esto es así, por cuanto no existen disposiciones en tratados internacionales que le sirvan de fundamento a dos obligaciones contenidas en el Acuerdo: la relacionada con el acceso, uso y propiedad de instalaciones militares colombianas, y la que tiene que ver con el otorgamiento de privilegios e inmunidades a personal civil y militar de los Estados Unidos.

6. Concepto: inconstitucionalidad total o parcial del Acuerdo

Si la Corte Constitucional acoge las tesis que hemos defendido anteriormente, en especial si reconoce que es competente para estudiar las demandas de la referencia y si considera que el Acuerdo tiene las características de un tratado internacional genuino y no las de un acuerdo simplificado, la decisión que debe tomar la Corte es la de declarar inconstitucional el texto del Acuerdo (bien sea en su integridad o tan solo de manera parcial, según los argumentos que expondremos más abajo), por lo menos por tres razones. En primer lugar, porque el no

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-863 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

tramitar un tratado internacional a través de una ley de la república que posteriormente sea revisada por la Corte Constitucional es un vicio que, dada su gravedad, no puede ser convalidado. La gravedad del vicio se deriva del hecho de que supone un total desconocimiento del órgano legislativo, al cual le corresponde aprobar los tratados internacionales mediante leyes (artículo 150.16 de la CP). Esto hace que no pueda ser subsanado, ya que compromete uno de los pilares fundamentales de la democracia¹¹, en la cual el órgano legislativo, representante del pueblo, es el que debe dictar las leyes. En segundo lugar, debe declararse inconstitucional el Acuerdo por cuanto sólo de esta forma se salvaguardará los principios democrático y de separación de poderes, que reclaman la intervención del órgano legislativo en la aprobación de los tratados internacionales. Y en tercer lugar, por cuanto *“en el plano interno, la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Carta es inaplicable”*¹², y siendo el Acuerdo contrario a la CP, en la medida en que viola los procedimientos de aprobación de los tratados internacionales, entonces debe ser inaplicable.

Ahora bien, consideramos que el alcance de la declaratoria de inconstitucionalidad que debe hacer la Corte puede variar dependiendo de cuáles sean las tesis expuestas en este concepto que sean compartidas por ella. Así, si la Corte, al igual que nosotros, considera que el acceso, uso y propiedad de instalaciones militares colombianas por parte de personas de los Estados Unidos corresponde a una obligación nueva, debe declarar la inconstitucionalidad total del Acuerdo, ya que todas las disposiciones de este último se relacionan con dicha obligación, por lo que debieron ser aprobados mediante tratado internacional, y no mediante un acuerdo simplificado. Pero si la Corte considera que el acceso, uso y propiedad de bases militares colombianas no es una obligación nueva, sino que tan solo lo es aquella que establece privilegios e inmunidades a favor de personal militar y civil de Estados Unidos, deberá declarar inconstitucional únicamente aquella disposición que establece la mencionada obligación, prevista en el artículo VIII del Acuerdo, ya que las demás disposiciones de este no guardan relación con ese punto.

Con base en lo anterior, recomendaremos a la Corte Constitucional que declare la **inconstitucionalidad total** del Acuerdo, en la medida en que todas sus disposiciones guardan relación con una obligación que no había sido asumida previamente por el Estado, sino que nació para Colombia en el momento mismo en el que se firmó el Acuerdo. En subsidio de la propuesta anterior, sugerimos a la Corte que declare la **inconstitucionalidad parcial** del Acuerdo, limitándola tan solo al artículo VIII, ya que el tema de los privilegios e inmunidades a favor de personal civil y militar de Estados Unidos debió regularse a través de tratado internacional.

Del Honorable Magistrado con toda atención,

Gustavo Gallón Giraldo
C. C. 19.157.375 de Bogotá
Director

Fátima Esparza Calderón
C. C. 52.265.962 de Bogotá
Coordinadora de Promoción y Debates

Juan Camilo Rivera Rugeles
C. C. 1.026.256.485 de Bogotá
Abogado

¹¹ En el auto 207 de 2005, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional sostuvo que un vicio tenía el carácter de insubsanable cuando compromete (a) el diseño de la forma como el constituyente previó el desarrollo de la función legislativa, (b) *los pilares del sistema democrático*, o (c) las obligaciones de publicidad, conocimiento y de debate previo de las iniciativas legislativas.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.