Pacto Andino y Acuerdo de Cartagena
El Diseño de las Sentencias

Las sentencias emitidas en los últimos meses por la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el Acuerdo de Cartagena y Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros en la Subregión[1] además de sus repercusiones económicas, han revivido controversias[2] acerca del ámbito de las funciones de las ramas del poder público, la obligatoriedad de los pactos internacionales, y el intento de dar a uno de los fallos el nivel de los emitidos por una corte internacional de justicia. Sirvieron además para fijar doctrina de la Corte frente a la concepción moderna del Tratado Marco.

ACCION PUBLICA

Ambos fallos fueron emitidos de la solicitud de inexequibilidad[3] hecha por un ciudadano en ejercicio de la acción pública (consagrada en el artículo 214 de la Carta). Veamos el primero de ellos:

A. Acuerdo de Cartagena.

1. *El Decreto.*

El decreto 1245 de 26 de mayo de 1969 aprobatorio de Acuerdo de Integración Subregional Andino dice: "El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y en particular de las que le confiere el artículo 2 de la Ley 88 de 1961,[4] Decreta: Artículo 1.– Apruébase el Acuerdo de Integración Subregional suscrito en Bogotá el 26 de Mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú y aprobado por el Comité Ejecutivo Permanente de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio". . . Artículo 2.– El Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX), será el organismo a través del cual el Gobierno de Colombia mantendrá contacto con los órganos del Acuerdo, . . . Artículo 3.– Corresponderá al Instituto Colombiano de Comercio Exterior, en el ámbito de sus atribuciones legales, adoptar medidas y proponer los proyectos de decreto necesarios para el cumplimiento oportuno de las obligaciones que el Acuerdo de Integración Subregional impone a Colombia. Para los fines indicados en este artículo, el Instituto Colombiano de Comercio Exterior actuará en estrecha coordinación con los Ministerios, Departamentos Administra-

[1] Fallos de julio 26 de 1971 y enero 20 de 1972 respectivamente.

[2] La controversia ya se había iniciado en realidad con la obra del Dr. H. Toro Agudelo, el *Pacto Andino o la Nueva Técnica del Golpe de Estado,* publicado con motivo de la providencia del Consejo de Estado de fecha 2 de marzo de 1971, mediante la cual dicho organismo se declaró incompetente para conocer de la demanda contra el Pacto Andino.

[3] Sentencia de la Corte que declara que una norma jurídica ha violado la Constitución Nacional.

[4] La cual faculta al Gobierno para adherir al tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y tomar todas aquellas medidas relacionadas con dicha adhesión.

tivos e Institutos que sean competentes en cada caso, según las materias de que se trate".

2. *Acusaciones de la demanda.*

El demandante sostuvo que el Decreto era violatorio de dos normas constitucionales:

a) El numeral 20 del artículo 120 que confiere al Presidente la facultad de celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso, y

b) El numeral 18 del artículo 76 que otorga al Congreso exclusivamente la atribución de aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

Concluye el demandante que el Decreto 1245, por no constituir ley sino acto gubernativo, usurpa capacidades del Congreso y, por tanto, es incoherente con los mandatos de la Carta arriba mencionada.

3. *La defensa.*

El procurador general de la Nación sostuvo la teoría de los Tratados Marcos y afirmó que el decreto no había aprobado un tratado, sino un acto diferente, un convenio de complementación, desarrollo y ejecución del Tratado Marco de Montevideo y la estructura jurídica de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

4. *Análisis de la Corte.*

a) **La inconstitucionalidad** (Teoría del Tratado Marco).

La Corte consideró que las estipulaciones del Acuerdo de Cartagena abarcaban un campo de acción mucho más vasto que el de la mera negociación de reducciones aduaneras y otras restricciones a las importaciones y exportaciones contempladas en la ALALC. Dice la Corte: "al ponerse en cotejo, siquiera sea por modo somero, las dos reglamentaciones contenidas en los convenios de Montevideo y Cartagena, resalta que ellas son constitutivas de dos actos diferentes, desde muchos puntos de vista. Por ejemplo: las partes contratantes, los sujetos de los derechos y obligaciones que nacen de cada convenio son distintos, ya que todos los miembros de la ALALC no están en el Pacto Andino, y se hallan fuera de los vínculos jurídicos que éste engendra; además los órganos que rigen el Tratado de Montevideo y los del Acuerdo Andino son diferentes y se hallan dotados de aptitudes también distintas, como diversas son las materias sobre las cuales versan" y continúa la Corte: "ante disparidades tan palmarias, aparece insostenible que el Pacto Andino pueda considerarse como desarrollo y ejecución del Tratado de Montevideo".

Pero la Corte va aún más lejos, y afirma que aun en el caso de que fuese un convenio de complementación, desarrollo y ejecución del Tratado Marco de Montevideo tendría asimismo que ser presentado por el Gobierno a las cámaras legislativas para su aceptación o rechazo. Dice la Corte: "El decreto aprobatorio del Acuerdo Andino por vicio de formación, pugna con el ordenamiento constitucional". "El Gobierno no se avino a la Constitución desde el momento en que se abstuvo de someter el Pacto Andino al estudio indispensable del Congreso, y, en cambio, ejerció una autorización contenida en el artículo 2o. de la ley 88 de 1961, que mira el cumplimiento de providencias ejecutivas conducentes al desarrollo del Tratado de Montevideo, facultad que no podría transformarse en competencia para revisar actos internacionales y aprobarse asimismo un acuerdo celebrado con otros gobiernos. El Decreto a que se alude *como todo acto viciado de inconstitucionalidad supone violacion de la carta política*" (destacado nuestro).

b) **La competencia.**

Y continúa diciendo la Corte: "La Corte en su cometido de guardar la integridad de la Constitución, comprueba constantemente infracciones del mismo género y pronuncia las inexequibilidades condignas, sin que ello constituya incriminación contra las autoridades".[5]

c) **La aprobación de un tratado internacional. La teoría.**

Pero dice entonces la Corte que el Gobierno con respecto al artículo 110 del acuerdo de Cartagena, procedió a comunicar a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC "el correspondiente acto de aprobación, entendiendo por tal el Decreto 1245 tantas veces citado, el cual efectivamente, dice aprobarlo". "Con esta comunicación equivalente a canje de ratificaciones, el Gobierno de Colombia cumplió un acto final y definitivo, un trámite último que remata la negociación, redacción y firma de los tratados públicos, etapas estas que se llevaron a cabo".

Ante los signatarios del acuerdo subregional, ante la ALALC y respecto de terceros, en derecho de gentes, el Estado Colombiano, sin remisión a dudas, ha adquirido derechos y contraído obligaciones"; "Basta que un Gobierno, universalmente apto, salvo excepción, para ejecutar el acto de canje de ratificaciones o el depósito de un mensaje expresivo de haberse impartido la aprobación necesaria, así lo cumpla o declare, para que los tratados deban reputarse plenamente válidos e invulnerables".

d) **La falta de jurisdicción.**

Y finalmente concluye la Corte: "Desprovista de poder parar juzgar sobre la exequibilidad de actos aprobatorios de tratados, esta Corporación ha de abstenerse de decidir sobre la demanda propuesta contra el Decreto 1245 de 1969".

5. *Los considerandos.*

Hasta esta etapa nos damos cuenta que la Corte ha establecido lo siguiente:

La violación inequívoca de la constitución
La competencia de la Corte.
La falta de jurisdicción.

a) **Contradicción.**

Estos dos últimos criterios son contradictorios ya que "a pesar de que sin jurisdicción no puede haber competencia, la sentencia afirma inicialmente la competencia y luego niega la jurisdicción, lo cual resulta claramente equivocado de modo que afirmada la competencia y por tanto la jurisdicción para conocer de la demanda, la estaba reconociendo para decidir en el fondo sobre la misma".[6]

b) **El tratado público.**

La Corte falló en esta última parte en el análisis de las etapas de elaboración de los tratados públicos, que son: la negociación, la firma, la ratificación y el canje de ratificaciones. La ratificación es un acto del jefe del Estado que se produce con base en la de aprobación interna del tratado. Luego la ley aprobatoria del tratado no hace parte de éste, es simplemente un acto interno que necesita el jefe del Estado para poder ratificar el convenio. La ley aprobatoria de un acto de esta naturaleza, por no hacer parte de éste, puede ser examinada por la Corte para declararla ajustada a la Carta o no. La declaratoria de la Corte no puede producir ningún efecto internacional, por no ser tal su jurisdicción, pero surte los efectos internos relativos únicamente a si ha debido o no ratificarse el tratado (Córdoba y Gaviria).

[5] Cabría entonces aquí preguntar: "Por qué en el caso presente que es infracción del mismo género no se pronuncia la inexequibilidad condigna? " (Comentarios a la Sentencia. Magistrados: Sarmiento et al.).

[6] Salvamento de voto. Magistrados: A. Córdoba M. y Gaviria M.

c) **Inaplicabilidad del tratado.**

"Si un acuerdo internacional viola la Constitución es inaplicable, aunque genere responsabilidad internacional para el Estado; o se requiere ajustar la Constitución a las normaciones del convenio". "Teniendo los tratados la fuerza de leyes internas (Ley 7 de 1944) cualquier ciudadano puede abstenerse de aplicarlos por la excepción de inconstitucionalidad concedida a los ciudadanos". "Con mayor razón los funcionarios judiciales tienen obligación de aceptar esta excepción de inconstitucionalidad en tratándose de Pacto Andino", puesto que la Corte Suprema declara sin reticencia la inconstitucionalidad del Decreto aprobatorio.[7]

6. *La sentencia.*

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previo estudio de la Sala Constitucional, y oído el Procurador General de la Nación, decide: *Primero:* Abstenerse de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto 1245 del 8 de agosto de 1969, "por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú"; *Segundo:* Declarar exequibles los artículos 2 y 3 del mismo decreto.[8]

7. *La racionalidad de la sentencia. Una posible explicación.*

Una posible explicación de la sentencia tomaría en cuenta el análisis de la delicada situación internacional que existía en el momento en que se produjo, que pudo haber llevado a la Corte a considerar que el fallo tendría repercusiones dentro de la jurisprudencia a seguir por nuestros países limítrofes, atribuyéndose en consecuencia funciones que propiamente podrían corresponder a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, es indudable que esta clase de esfuerzos heroicos deben tener muy pocos resultados prácticos,[9] fuera de colocar a la máxima autoridad de la Rama Jurisdiccional dentro de la situación incómoda y vulnerable que se presenta cuando los elementos o consideraciones de otra índole han primado sobre la hermenéutica jurídica.

Las consecuencias de este tipo de doctrina han sido ampliamente analizadas por algunos magistrados y particulares:

"Pero si los gobernantes entienden que por medio de un acto internacional, que no tiene juez, se puede lesionar la Carta, con perjuicio de los derechos del Estado y aún de las garantías civiles, el régimen de derecho entra en grave crisis".[10]

"En rigor, todo tratado o convenio debería someterse, entre nosotros, a la aprobación del Congreso. Tal es la regla constitucional". "El precedente de interpretación del numeral 20 del artículo 120 que se ha creado, podrá naturalmente influir en otros acuerdos o situaciones que irán por el mismo camino de la aprobación por decreto".[11]

B. Estatuto de Capitales del Pacto Andino.

El segundo fallo fue emitido como resultado de la demanda contra el Decreto

[7] Comentarios a la sentencia. Magistrados: Sarmiento, Pérez, Sarria, García y Barrera.

[8] Estos dos últimos artículos fueron declarados exequibles en virtud de que simplemente se repitieron funciones que se compaginan y coinciden con las funciones propias del INCOMEX pero entendiéndose que fueron asignadas por el Presidente de la República por facultad del artículo 132 de la Carta.

[9] "Tampoco es valedero el temor de que la decisión de la corte perturbe la firmeza y confianza en los actos jurídicos de los Estados, pues ni la Corte tiene jurisdicción internacional, ni el acto juzgado hace parte del tratado." (Salvamento de voto, magistrados A. Córdoba y J. Gaviria).

[10] Comentarios a la sentencia. Magistrados: Sarmiento et al.

[11] Diario *La República.* Editorial de 27 de agosto de 1969, p. 4.

1299 de 30 de junio de 1971 que puso en vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes y regalías del Acuerdo de Cartagena.

1. *El Decreto demandado.*

A fin de poder seguir los planteamientos de la Corte, cabe destacar los siguientes apartes del Decreto:

a) "El Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere la Ley 88 de 1961",

Considerando . . .

b) "Que por medio de la Ley 88 de 1961 se autorizó la adhesión de Colombia al Tratado de Montevideo" y que "el artículo 15 del Tratado de Montevideo dispone la armonización de los tratamientos aplicables a los capitales procedentes de fuera de la Zona",

d) Que el artículo 27 del Acuerdo de Integración Subregional establece que la Comisión "someterá a consideración de los países miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros", . . . y que los "países miembros se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen",

Decreta . . .

f) "Artículo 1. A partir del 1o. de julio de 1971 entrará en vigencia el siguiente régimen común de tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena por medio de la Decisión 24 con los ajustes contenidos en la Decisión No. 37";

2. *Acusaciones de la Demanda.*

El demandante sostuvo los argumentos presentados para el caso anterior a saber, que el Decreto era violatorio del de los artículos 76-18 y 120-20 de la Constitución.

3. *La Defensa.*

El procurador repitió los argumentos empleados en la defensa del caso anterior adicionándolos con la jurisprudencia que allí se fijó. En consonancia con dicho fallo alegó que si no se estimó necesaria una nueva manifestación de la voluntad del Congreso con relación a las normas orgánicas del Grupo Andino, como subregión de la ALALC, mucho menos habría de estimarse procedente con referencia a los actos que en ejercicio de sus funciones expida la entidad así creada, como órgano máximo del Acuerdo, para darle aplicación práctica a sus previsiones. (En resumen el argumento de que quien puede lo más, puede lo menos).

4. *Análisis de la Corte.*

a) **De nuevo la teoría de los Tratados Marcos.**

Sobre los considerandos del Decreto, el artículo 15 que el Gobierno invoca como fundamento solo dice que las partes contratantes *procurarán* armonizar en la medida de lo posible los tratamientos aplicables a los capitales, bienes y servicios. Dice también derivar el Decreto demandado del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, pero en dicho artículo los gobiernos solo se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica un régimen común sobre tratamientos a los capitales extranjeros, marcas, patentes, etc. Dice la Corte "De conformidad con las precisas palabras del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, apenas es dable entender las decisiones 24 y 27 como un proyecto sometido a la aprobación del Gobierno de Colombia. Quedó sin cumplimiento la segunda parte de "adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen"; fin que en el derecho Colombiano solo es posible alcanzar me-

diante la ley (dada por el Congreso o extendida en uso de facultades extraordinarias del Gobierno).[12]

b) **La jurisdicción.**

Con la demostración de que el Decreto demandado no consagra ni aprueba ningún tratado internacional la Corte concluye que el Decreto es puramente un acto de derecho público interno.

c) **La competencia.**

Dice la Corte que "Invocar simultáneamente facultades constitucionales del Presidente en relación con una especial conferida, sin sujeción a término, en la Ley 88 de 1961, es señalar, como fuente del Decreto acusado, las autorizaciones de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la Carta" y la Corte tiene *competencia* para conocer de las acusaciones contra los decretos que las ejerzan, según el artículo 214 de la misma.

d) **La inconstitucionalidad.**

En concepto de la Corte, el artículo 76 de la Carta "se refiere a precisas facultades especiales que pueden otorgarse por el Congreso al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional del ejecutivo, cometidos que excluyen por definición el ejercicio de atribuciones propias del legislador".

El decreto demandado contiene disposiciones sobre diferentes temas, a saber: Régimen del de las sociedades y demás personas jurídicas, intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, reglas sobre marcas, patentes, etc. La sencilla apreciación de las normas citadas "indica a las claras que ellas contienen normas generales, impersonales y objetivas; es decir que tienen carácter legislativo y entrañan sustanciales alteraciones del ordenamiento legal que hoy rige sobre esas cuestiones".

Dice la Corte que argumentar que se trata del ejercicio de facultades administrativas del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, cuando se han dictado normas de índole legislativa equivale a decir que la Constitución ha sido infringida, por uso excesivo de unas facultades.

5. *Sentencia.*

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte resolvió: "Es inexequible el Decreto 1299 del 30 de junio de 1971, por el cual se pone en vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías del Acuerdo de Cartagena".

6. *Comentario final.*

La integración andina es conveniente y deseable como elemento catalizador de las fuerzas del desarrollo a través de la aplicación de las economías de escala y de la optimización del principio de la ventaja comparativa. Sin embargo y como la mejor manera para alcanzarla, dicha integración debe adelantarse conforme al estado de derecho vigente en Colombia. La vinculación del Congreso al proceso institucional de la integración subregional servirá sin duda para adelantarla sobre bases jurídicas más sólidas. Mientras esto no suceda, la inversión extranjera en Colombia continuará rigiéndose por las disposiciones del Decreto 444 de 1967.

[12] Aquí la Corte actuó tímidamente ya que no tenía que entrar a probar que el Decreto no era desarrollo de un Tratado Marco, pues en el fallo anterior había afirmado que aún en el caso de que fuese un convenio de complementación, desarrollo y ejecución del Tratado Marco de Montevideo, tendría asimismo que ser presentado por el Gobierno a las cámaras legislativas, para su aceptación o rechazo.