

ACCION POPULAR - Impedimento / IMPEDIMENTO - Acción popular / IMPEDIMENTO - Haber conceptuado sobre el acto que se acusa / IMPEDIMENTO - Función jurisdiccional

Ha de tenerse en cuenta que las causales de impedimento son taxativas y, en consecuencia, lo establecido en la causal de que trata el numeral 2 del artículo 160 del C.C.A., es haber conceptuado sobre el acto que se acusa, lo cual, debe entenderse dentro del marco de actuación administrativa, en tanto que lo que tiende a evitar es que ex - funcionarios o abogados que posteriormente pasan a formar parte de la jurisdicción contenciosa, puedan tener conocimiento de asuntos sobre los cuales emitieron su criterio antes de ser jueces. Tal situación, es distinta a la adelantada por el Dr. Ibarra Martínez, cuya actuación se dio dentro del marco de su función jurisdiccional, en la que puede ser posible conocer de un mismo acto, aunque por diferentes razones o finalidades. Finalmente, debe decirse así mismo, que la causal invocada no es absoluta, en tanto que para su configuración, no basta que el juez se haya pronunciado anteriormente sobre el acto que se acusa o sobre el contrato objeto del litigio, como lo señala la norma, sino que, se requiere que el concepto o pronunciamiento emitido contenga identidad material o conceptual con el caso en el que se ha de declarar el impedimento. En este sentido y según se ha dicho por la Corporación, el conocimiento que inhabilita legalmente al juez para un pronunciamiento dentro del proceso está referido a la manifestación anterior de un criterio concreto sobre el asunto o sobre la solución de lo que es materia del debate. Nota de Relatoría: Ver sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del 7 de noviembre de 2004, Rad. No. 14777, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz.

ACCION POPULAR - Cosa juzgada. Efectos / COSA JUZGADA - Acción popular. Efectos / SENTENCIA DE ACCION POPULAR - Cosa juzgada. Lineamientos especiales

Según se ha dicho por la Sala, la cosa juzgada es un efecto especial que la ley le asigna a algunas sentencias en virtud del poder de jurisdicción del Estado, en donde la sentencia ejecutoriada proferida en un proceso contencioso tiene carácter de inmutable y definitiva, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (C.P.C. art. 332). No obstante, ha dicho igualmente la Sala que tratándose de acciones populares, teniendo en cuenta que lo decidido en la sentencia produce efectos “generales”, la cosa juzgada reviste especiales lineamientos, en primer lugar, porque no requiere que se presente identidad absoluta de las partes, dado que en éstos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden. En segundo término, que los efectos de la cosa juzgada dependerán de lo decidido en la sentencia, pues si ésta accede a las pretensiones de la demanda, producirá efectos de cosa juzgada erga omnes; mientras que, si se trata de una sentencia desestimatoria de tales pretensiones, producirá efectos de cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi. Y, en tercero y último lugar, porque la configuración de la cosa juzgada requiere también que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto que, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, “consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, por lo tanto, es menester analizar, además de la identidad en la causa petendi, si existe identidad en el objeto. En el presente caso, considera la Sala que tal y como se observó al resolver el impedimento anterior, los derechos colectivos analizados en la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 9 de agosto de 2004, no incluían el de la moralidad administrativa, que es el invocado por el actor

dentro del presente proceso, por lo que éste entonces no versa sobre el mismo objeto que el que se adelantó por el Tribunal, por lo cual, en consecuencia, no opera en el presente caso la figura procesal de la cosa juzgada. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 24 de agosto de 2000, Radicación No. 9527, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo. Sentencia del 2 de junio de 2005, Rad. AP-00814, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra

RELACIONES EXTERIORES - Manejo. TLC / PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL - TLC / PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA - TLC / TLC - Principio de pacta sunt servanda / TRATADO DE LIBRE COMERCIO - Acción popular

De conformidad con el artículo 9º de la Constitución Política de 1991, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional. Este precepto, para efectos del caso que ocupa la atención de la Sala, constituye un reenvío explícito a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 32 de 1985. Dicha Convención está estructurada a partir de uno de los principios cardinales del Derecho Internacional: pacta sunt servanda, máxima de seguridad jurídica, justicia y moralidad internacionales prevista expresamente como encabezamiento de la Sección Primera de la Parte Tercera de la Convención en cita en el artículo 26, donde se señala que todo tratado en vigor, y dicha convención lo es dado que establece - a la manera de las normas orgánicas en el nivel interno respecto de las leyes - la forma como se celebran y aprueban los demás tratados internacionales, obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Para el caso objeto de estudio de la Sala significa, como se verá a continuación, que en las fases de celebración, firma y aprobación de todo tratado debe estarse a lo allí previsto. Por otra parte, el principio pacta sunt servanda (los acuerdos son para cumplirse) hace parte del ius cogens (art. 53 iusdem) y, por lo mismo, es aceptado por la comunidad internacional como norma imperativa del Derecho Internacional, sin que admita acuerdo en contrario o, lo que es igual, sólo puede ser modificada por una disposición ulterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter. En otras palabras, el acto jurídico de prestación del consentimiento, en la materia objeto de estudio por parte de la Sala, está definido por la Convención de Viena, de ahí que el esquema de celebración del mismo, esto es, la manifestación del consentimiento por parte del Estado Colombiano, está consignado en dicha Convención y debe ser celosamente aplicado según los términos del artículo 9 superior, como también lo estará el hecho jurídico de su entrada en vigor. En efecto, el sistema de concertación y entrada en vigencia del tratado de libre comercio, como se analizará en el siguiente apartado de esta providencia, está sujeto a un régimen prefigurado en dicha Convención, en consonancia con la normativa interna nacional, de orden constitucional. Ahora bien, como el actor cuestiona el proceso de celebración del TLC, es menester recordar como consecuencia de lo ya dicho, que la expresión del consentimiento de un Estado debe hacerse con estricta sujeción al procedimiento indicado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-170 de 1995 MP. Vladimiro Naranjo Mesa y Sentencia C-1189 de 2000 MP. Carlos Gaviria Díaz, de la Corte Constitucional

DERECHO DE LOS TRATADOS - Derecho interno. Principios de derecho internacional / DERECHO DE LOS TRATADOS - Fases / TRATADO - Fases. Negociación, Firma y Ratificación / NEGOCIACION DEL TRATADO - Concepto / CONVENCION DE VIENA - Tratado de los tratados / RELACIONES INTERNACIONALES - Dirección. Presidente de la República / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Dirección de las relaciones internacionales / JEFE DE ESTADO - Dirección de las relaciones internacionales

Dos niveles de órdenes rigen el Derecho de los Tratados en Colombia: las reglas del derecho

interno de nivel constitucional (preámbulo, artículos 100, 101, 150.16, 164, 189.2, 224 a 227 y 241.10) y los principios del Derecho Internacional (art. 9 ibid.) en relación con el Derecho de los Tratados aceptado por Colombia y previstos en las dos conferencias llevadas a cabo en Viena en 1969, los cuales abarcan tres fases bien delimitadas: la negociación, la firma y la ratificación, propias de la conclusión del Tratado en sentido formal. En cuanto hace a la negociación, etapa en la cual se encuentra la actuación objeto de controversia en sede de acción popular, el numeral 2° del artículo 189 de la Carta asigna, de manera privativa al Presidente de la República esta atribución, en perfecta simetría con lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención de Viena que señala quiénes pueden negociar un tratado. Este campo de la negociación comprende asimismo tanto la redacción del cuerpo del tratado, como sus anexos. Por su parte, la firma, del resorte también exclusivo del Gobierno Nacional, configura el instrumento de manifestación del consentimiento del Estado. Por otra parte, de conformidad con los principios de Derecho Internacional aceptados por Colombia (artículo 1 B y 14.1 C de la Convención de Viena), para que se comprometa definitivamente un Estado, es preciso un nuevo examen del cuerpo del Tratado por los órganos internos competentes. En otros términos, la ratificación supone que los efectos jurídicos de ese acuerdo de voluntades sólo tienen lugar previo el cumplimiento de tal requisito (artículo 150.16 C.P.). En otros términos, si la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 es un Tratado y si, adicionalmente, reviste una suerte de carácter 'normativo' del Derecho de los Tratados Internacionales o, si se quiere, "tratado de los tratados" en tanto la celebración, suscripción, aprobación, ejecución e interpretación de los tratados internacionales se encuentran sujetos a lo allí previsto, el asunto sometido a estudio de la Sala debe sujetarse estrictamente a lo que en ella se consigne. En efecto, la segunda parte de la Convención de Viena se ocupa de regular la celebración y entrada en vigor de los Tratados en asuntos tan fundamentales como la capacidad (artículos 6 a 8), adopción del texto y forma de manifestación del consentimiento (arts. 11 a 13), la forma de ratificación, aceptación o aprobación (arts. 14 y 15), el canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 16). A su vez, la Sección Segunda del citado Tratado Internacional consigna lo relativo a la formulación de reservas (arts. 19 a 23), la entrada en vigor (art. 24). Y ese procedimiento debe surtirse con sujeción a lo allí señalado, en consonancia con la normativa constitucional nacional. En cuanto al alcance del artículo 9 de la Constitución, la Corte Constitucional no sólo reivindica su importancia capital en el manejo de las relaciones internacionales de la Nación, sino que subraya la separación de funciones, que impide la asignación de competencias por parte de autoridades distintas a las constitucionalmente previstas en materia de celebración, aprobación y revisión judicial de tratados internacionales. Establecida la importancia que para el estudio del asunto sub examen reviste el artículo 9 Constitucional, en tanto consigna la admisión en el Derecho Interno, entre otros principios de derecho internacional, el de pacta sunt servanda, pasa en consecuencia la Sala a reseñar el trámite que debe surtir para llegar a convertirse en Tratado Internacional, para lo cual se referirán no sólo las normas nacionales sino también lo consignado por la Convención de Viena, como "tratado de los tratados" que debe ser rigurosamente observado por Colombia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención, citada en consonancia con el artículo 9 de nuestra Carta Política. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-170 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa, de la Corte Constitucional

TRATADO INTERNACIONAL - Control judicial. Oportunidad / TLC - Negociación /
NEGOCIACION TLC - Presidente de la República. Control judicial. Improcedencia / TLC -
Control judicial / CORTE CONSTITUCIONAL - Tratado internacional. Control / TRATADO
INTERNACIONAL - Exequibilidad. Corte constitucional

Este control resulta novedoso en el ordenamiento colombiano, a partir de la Constitución de

1991, en tanto ninguna de las Constituciones que le precedieron preveían el control de los Tratados Internacionales por el poder jurisdiccional. No obstante, ello no impidió que durante el período comprendido entre 1914 y 1991, las posiciones de la Corte Suprema de Justicia, como encargada del control constitucional, sobre su competencia para conocer de los Tratados Internacionales, fluctuara entre la absoluta incompetencia, hasta la competencia para conocer de los Tratados por vicios de forma, discusión ésta que fue rebasada en la Constitución de 1991, en donde expresamente, en el numeral 10 del artículo 241, el constituyente confirió la facultad a la Corte Constitucional para el conocimiento de los Tratados Internacionales, tanto por vicios de forma como por vicios de fondo, sólo que dicho control, tiene lugar en forma posterior a la suscripción del Tratado y a la expedición de la ley que lo aprueba, pero anterior a la ratificación por parte del Gobierno ante la comunidad internacional. Debe observarse que en su mayoría los controles de constitucionalidad establecidos en la Carta para los actos jurídicos que así lo requieren, son posteriores a su configuración y sólo de manera excepcional, la misma Carta prevé controles previos, tal y como acontece en el caso de leyes estatutarias y precisamente de Tratados Internacionales, pero, se insiste en este caso, en que tal control sólo tendrá lugar una vez haya sido aprobada la Ley que acoja el tratado, garantizando así la autonomía del Presidente para la negociación del mismo y del Congreso de la República para el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, la revisión que la Corte Constitucional haga respecto del texto del Tratado, constituirá un control previo al mismo, en la medida en que se realizará antes de su ratificación; será un control automático, dado que para que dicho control se verifique no se requiere de demanda, sino que, la Corte aprehende el conocimiento directamente; y deberá ser un control integral, en tanto según lo establece la Constitución, el estudio de constitucionalidad de este tipo de disposiciones debe incluir tanto el texto del Tratado como el de su ley aprobatoria y debe realizarse la verificación del cumplimiento jurídico del Tratado con la totalidad del ordenamiento constitucional, tanto en la forma como en el fondo. En consecuencia, el fallo que la Corte pronuncie sobre la exequibilidad o inexecuibilidad del Tratado hará tránsito a cosa juzgada absoluta. Por contera, es fácil inferir que si el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución establece entonces que corresponde a la Corte decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los aprueben, la sentencia que se profiera en tal sentido hará tránsito a cosa juzgada absoluta. De otra parte, este control garantiza así mismo la participación ciudadana, pues, el numeral 10 del artículo 241 de la Carta, ya citado, establece que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad, con lo cual, resulta evidente que dentro del trámite del proceso, quien así lo quiera, en uso de su derecho ciudadano, podrá intervenir exponiendo sus inquietudes sobre el Tratado y manifestar por qué considera que éste viola el ordenamiento constitucional. Una vez surtido el trámite anterior y en el evento en que se llegue a declarar la constitucionalidad del Tratado y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional, quedará como potestad del Presidente la ratificación o no del mismo, ya sea de manera plena o con reservas, si es que el Congreso y/o la Corte Constitucional se manifiestan en este sentido. Nota de Relatoría: Ver sentencia C- 059 de 1994. sentencia C- 187 de 1999. sentencia C-333 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C- 141 de 1997. sentencia C-1034 de 2003, de la Corte Constitucional; concepto del 26 de agosto de 2004, Rad. No. 1583, Consejera Ponente: Dra. Gloria Duque Hernández. Sentencia C-276 de 1993.

ACCION POPULAR - TLC. Improcedencia / TLC - Acción popular. Improcedencia / NEGOCIACION TLC - Presidente de la República / ACCION POPULAR - Causa petendi. Derechos colectivos / CAUSA PETENDI - Acción popular. Derechos colectivos

De lo expuesto, considera la Sala que si bien formalmente la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo es la competente para la protección del derecho colectivo invocado por el actor, ocurre que en la medida en que sus acusaciones van dirigidas a discutir la constitucionalidad del Tratado, no resulta materialmente posible su revisión a través de la acción popular. Muy por el contrario, ante la abundante y clara normatividad que regula la materia y que ha sido estudiada en esta providencia, considera la Sala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer del asunto que ha sido propuesto por el actor, que, como ya se indicó, radica en un verdadero análisis de constitucionalidad del que podría llegar a constituirse en un Tratado. Sea lo primero indicar que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica aún se encuentra en etapa de negociación, lo cual, según lo visto en el numeral 2 de éste acápite, implica que esta etapa corresponde a la potestad exclusiva del Presidente de la República y, en consecuencia, ello determina la falta de competencia del juez popular, pues no puede indicarle en qué términos debe negociar el Tratado. Esta Sala ha establecido que el concepto de causa petendi ha sido entendido por la doctrina como “la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia”; y ha señalado que dichos motivos están contenidos en los hechos de la demanda, pues, son éstos los que dan origen a su interposición y a la formulación de las pretensiones. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que la causa petendi o causa de pedir, hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Desde esta perspectiva, los motivos consignados en la demanda como fundamento de la acción popular que nos ocupa, se encaminan a sostener que las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica violan la Constitución; pero, ni en su componente fáctico, ni en el jurídico, se encuentran fundamentos reales que le den competencia al juez popular para adelantar esta acción, pues existe una manifiesta falta de causa petendi frente a derechos colectivos en la demanda, dado que de las pretensiones y de los hechos allí enunciados, no es posible extraer, razonablemente, ningún fundamento fáctico o jurídico relacionado con la amenaza o violación de tales derechos. En consecuencia, la demanda ha debido ser igualmente rechazada por este aspecto, pues, tal y como se observó en precedencia, la acción presentada materialmente no fue popular, sino claramente una acción de inconstitucionalidad. Finalmente, según se vio, conforme al numeral 10 del artículo 241 de la Carta, la decisión sobre la exequibilidad del proyecto de Tratado que nos ocupa y de la ley que llegare a aprobarlo, es así mismo función que compete a la Corte Constitucional, para lo cual se prevé un trámite cuyo control jurídico se agota con el estudio por parte de dicha Corte. Si se atiende a que el análisis que esa Corporación haga del Tratado será integral, pues deberá comparar el contenido de éste y de la ley que lo acoja con la totalidad de las disposiciones de la Carta, es fácil inferir que dicho análisis incluirá el de los derechos colectivos. Adicionalmente, la decisión que allí se adopte, en virtud de la misma norma, tendrá carácter definitivo, por lo cual, el fallo producido gozará del principio de cosa juzgada absoluta. De lo expuesto, queda claro que el control del juez popular en el trámite del proyecto de Tratado de libre comercio que actualmente se negocia con Estados Unidos de Norteamérica, no tiene cabida y que el Constituyente diseñó un marco jurídico - político que propende por la participación de tres Ramas del Poder Público y de la ciudadanía en general, en donde no cabe interpretación alguna que permita introducir otro procedimiento para su control, sin violar la Constitución misma. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 2 de junio de 2005, Rad. AP 00814, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia T - 162 de 1998. sentencia del 25 de mayo de 2006, Exp. AP- 00345, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa

TLC - Acción popular. Nulidad insaneable. Falta de jurisdicción / NULIDAD INSANEABLE - Falta de jurisdicción. Acción popular. TLC / FALTA DE JURISDICCION - Nulidad insaneable.

Acción popular. TLC

En conclusión, atendiendo a que la negociación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, es potestad exclusiva del Presidente de la República, en cuya cabeza está la dirección de las relaciones internacionales, que de la causa petendi de la demanda se extrae que ésta en realidad corresponde a una acción de inconstitucionalidad y no a una acción popular y a que durante el trámite del Tratado éste se encuentra sujeto a un control político por parte del Congreso de la República y a un control judicial por parte de la Corte Constitucional, considera la Sala que el juez popular carece de competencia para conocer del presente asunto (art. 140-1 del C.P.C., al que se remite la Sala por disposición del artículo 44 de la Ley 472 de 1998). En tal virtud, en aplicación del artículo 145 del C.P.C., según el cual, en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe y atendiendo a que, de conformidad con el inciso final del artículo 144 ibídem, no podrá sanearse la nulidad que se configure por razón de que el asunto corresponda a otra jurisdicción, dispondrá la Sala la anulación de todo lo actuado dentro del presente proceso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01725-01(AP)

Actor: EFRAIN BARBOSA ROJAS

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y por el Procurador Sexto Judicial Administrativo Delegado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra el auto de 12 de diciembre de 2005, proferido por la Sección Cuarta, Subsección B del mencionado tribunal, mediante el cual no se repuso el auto admisorio de la demanda y se decretó, de oficio, una medida cautelar.

ANTECEDENTES PROCESALES

La demanda y su trámite

El señor Efraín Barbosa Rojas, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998, solicitó la protección del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, que estima vulnerado por parte del Presidente de la República, Ministro de Comercio Industria y Turismo, Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministro de la Protección Social, Ministra de Comunicaciones, Ministra de Educación Nacional, Ministra de Relaciones Exteriores y los demás que se establezcan en el curso del proceso, con motivo de la negociación del Tratado de Libre Comercio que adelanta el Gobierno Colombiano con el Gobierno de los Estados Unidos

de Norteamérica (TLC).

En el escrito de demanda presentó las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES PRINCIPALES

Que se declare que la negociación y suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos crea un marco jurídico supranacional que extralimita el ámbito comercial y desvirtúa el Estado Social de Derecho, modificando de facto la Constitución Política de 1991, violándose por tanto la Moralidad Administrativa.

Que se declare que el Tratado de Libre Comercio, al desconocer derechos colectivos y derechos fundamentales e inalienables de la persona humana, adolece de objeto ilícito.

Que se ordene a los demandados no continuar negociando el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, ni suscribir el mismo.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Que en subsidio de la pretensión segunda principal, se ordene a los demandados exigir dentro del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos la inclusión de una cláusula en virtud de la cual, siempre que haya incompatibilidad entre el Tratado y la Constitución Política de 1991 primará ésta, sin que ello implique para el país sanciones de carácter jurídico o económico.

Los hechos, acciones y omisiones que motivan las anteriores peticiones son, en síntesis, las siguientes:

En la actualidad, Colombia se encuentra negociando un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica; el demandante consideró que algunos de los puntos que se han incluido en la negociación de este Tratado, de amplia discusión en varios sectores de la sociedad y medios de comunicación nacional, atentan directamente contra los intereses del Estado colombiano, a saber:

La inclusión de las cláusulas de “trato nacional” y de la “nación más favorecida”, las cuales inhiben la facultad del Estado de desarrollar políticas de fomento a la producción colombiana y que tienen el objetivo de compensar las deficiencias de los productores nacionales. Además, dijo el actor, “al ser la columna vertebral del Tratado de Libre Comercio el garantizar las ganancias de los inversionistas norteamericanos”, si Colombia adopta políticas de desarrollo social, de estímulo a un sector industrial y de protección a la biodiversidad y, éstas afectan los beneficios de dichos inversionistas, podrían ser consideradas como expropiaciones y el Estado colombiano tendría que compensar las pérdidas que aquellos sufriesen.

Agregó, que se quieren suprimir los requisitos de desempeño que se exigen a la inversión extranjera, que son la salvaguarda para que ésta cumpla una función social y dé impulso al desarrollo nacional, lo que va en contravía de la Constitución Política, en aquellos mandatos que exigen el cumplimiento de estos fines.

De otra parte, en lo que se refiere a la negociación relativa al sector agropecuario, consideró que mediante el Tratado de Libre Comercio, se dejará en situación de vulnerabilidad y desventaja a los productores agropecuarios colombianos, especialmente los campesinos, ya que mientras Estados Unidos no va a desmontar los subsidios y ayudas internas a este sector de la economía, Colombia sí va a desmontar los aranceles sobre estos productos agropecuarios, base de la

economía rural. Como consecuencia, el gobierno colombiano ha reconocido que varios sectores agrícolas serán sacrificados y que éste defenderá y promoverá sólo aquellos destinados a la exportación.

En materia de propiedad intelectual, el actor hizo énfasis en lo relativo a la biodiversidad y a los medicamentos, manifestando respecto a la primera, que se están negociando mecanismos para declarar la propiedad intelectual sobre los recursos naturales del país, lo que atenta directamente contra el patrimonio natural de la nación; según dijo, respecto a los medicamentos, dentro de las negociaciones se quiere aumentar la protección de la propiedad intelectual de éstos, renunciando a los postulados del acuerdo DOHA, a lo cedido en el marco de la Organización Mundial de Comercio y a los lineamientos mínimos establecidos por la Organización Mundial de la Salud; los efectos de éste punto tendrán repercusiones principalmente en la salud pública, contrariando el artículo 49 de la Constitución.

Señaló adicionalmente, que el Tratado contiene mecanismos de solución de conflictos específicos para las controversias que surjan en desarrollo del mismo entre inversionistas norteamericanos y el Estado colombiano, que son centros o tribunales de arbitraje; para el actor, esta estipulación atenta contra la soberanía judicial vulnerando los artículos 228 y siguientes de la Constitución Política.

De otra parte consideró, que por el Tratado la educación también se verá afectada de múltiples formas, pues por la inclusión de las cláusulas de “trato nacional” y de “nación más favorecida”, el Estado no podrá adoptar medidas protectoras de la calidad de la educación, ni medidas que aboguen por la equidad social, por la cultura nacional o por la exigencia de ciertos estándares laborales, renunciando a su potestad constitucional de regular la educación; además, indicó, que este Tratado restringe el libre tránsito de nacionales a Estados Unidos, al excluir de las negociaciones lo relativo a las visas, por lo que ni estudiantes ni inversionistas podrán entrar libremente a ese país.

Indicó así mismo, que por la negociación de servicios de enseñanza superior (en la modalidad de consumo transfronterizo, como postgrados a través de la red e instauración de centros de educación en el país), de acuerdo a las experiencias de México y Canadá en sus Tratados de Libre Comercio, en Colombia habrá una invasión de universidades de garaje con programas de pésima calidad, lo que amenaza la cultura y la supervivencia de las universidades públicas; concluyó el actor en este punto, que el Tratado de Libre Comercio trata a la educación como un servicio comercializable, despojándola de su carácter de derecho fundamental y de servicio público.

Se refirió al Tratado en lo relacionado con los servicios públicos, manifestando, al igual que en el punto anterior, que las cláusulas de “trato nacional” y “nación más favorecida”, se convierten en un obstáculo para que el Estado tome medidas protectoras de calidad, equidad social y de cobertura universal de los servicios públicos, pues según consideró, este Tratado obliga al Estado colombiano a desregularizar todo este sector, dejándolo al libre arbitrio de las leyes del mercado, lo que le da a los servicios públicos domiciliarios el carácter de bienes “transables” (sic) comercialmente.

Según indicó, como el Tratado garantiza las ganancias de los inversionistas estadounidenses, de tal forma que éstos pueden exigir compensaciones ante cualquier pérdida que sufran, la facultad que tiene el Congreso para regular el tema de los servicios públicos domiciliarios queda circunscrita a las reglas fijadas por el Tratado.

En este mismo sentido, hizo referencia el actor a que desde la apertura económica en los noventa, los servicios públicos han duplicado sus precios, por lo que se ha limitado en gran medida el acceso a éstos, teniendo como consecuencia que Colombia no resulte competitiva dentro del marco de un Tratado de Libre Comercio para su prestación.

Finalmente, bajo el título que denominó concepto de la violación de los derechos colectivos, el actor citó como violados un sinnúmero de artículos de la Constitución Política, como fundamento jurídico de su petición, según se verá en el numeral 4 de las consideraciones de la Sala.

La acción presentada, según consta en autos, fue admitida mediante providencia de fecha 11 de octubre de 2005, en la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, providencia contra la cual, el Procurador Delegado ante esa Sección interpuso recurso de reposición para que se revocara el auto y, en su lugar, se rechazara la demanda, pues consideró en su momento, que el juez popular carece de competencia para atacar o interrumpir un proceso de negociación internacional llevado a cabo en ejercicio de expresas facultades constitucionales y cuyo sistema de formación, perfeccionamiento y control se encuentra regulado expresamente.

El auto impugnado

Mediante auto de 12 de diciembre de 200, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, resolvió el recurso de reposición anterior, negando la solicitud de reponer el auto admisorio de la demanda. Adicionalmente, decidió amparar preventivamente los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, los derechos de las comunidades indígenas y campesinas a la protección del conocimiento tradicional, la libre competencia económica, la salud y la seguridad alimentaria, para lo cual, decretó la siguiente medida cautelar:

“ORDÉNASE A LA SEÑORA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES, Y/O LOS NEGOCIADORES COLOMBIANOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ESTADOS UNIDOS - COLOMBIA, ASÍ COMO, (sic) AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, ABSTENERSE DE LA SUSCRIPCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y/O LA REFRENDACIÓN, DE ACUERDO ALGUNO QUE RESULTE LESIVO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS ANTES ENUNCIADOS O DE CUALQUIERA OTRO QUE SURJA EN CONEXIDAD CON LOS MISMOS.”

Como fundamento de la decisión, el Tribunal asumió dos puntos específicos, a saber:

El primero, referido a la procedibilidad de la acción popular respecto de la vulneración de derechos colectivos por la negociación de un Tratado Internacional, en donde, partiendo del objeto de la acción popular, consagrado en el artículo segundo de la ley 472 de 1998, concluyó en la procedencia de la acción según características propias de ésta, así:

a) Al ser la acción popular el instrumento idóneo señalado por la ley para la protección de los derechos e intereses colectivos, sin que se haga otra exigencia diferente a que los derechos se encuentren amenazados o vulnerados, no puede el Tribunal abstenerse de tramitar ésta cuando de por medio existe una denuncia relacionada con la trasgresión del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa.

b) Los derechos enunciados por el demandante no son una atadura para el juez, el cual puede identificar, dentro de los hechos narrados en la demanda, la vulneración de otros derechos o de unos diferentes a los señalados. En este orden de ideas, dice el Tribunal, el concepto de violación que define el demandante, determina la prosperidad de la pretensión de éste, pero de ningún modo la procedibilidad de la acción incoada.

c) La acción popular es un mecanismo de defensa especial, de naturaleza principal, por lo que la existencia de medios judiciales alternos, como acciones constitucionales o cualquier otra acción ordinaria, no es un obstáculo para que se interponga dicha acción.

d) Agrega que el examen que realiza el juez en la acción popular, se refiere a acciones u omisiones concretas que afectan a una comunidad determinada, mientras que aquel que se realiza dentro de los mecanismos de control señalados por la Constitución en el trámite de aprobación de los Tratados Internacionales, que se encuentra en manos del Congreso de la República y la Corte Constitucional, tiene un contenido abstracto.

Hizo énfasis en que la procedencia de la acción popular, no está determinada por la existencia de un daño o perjuicio sobre los derechos colectivos alegados, pues por ello se encuentra expresamente enunciado en la ley el carácter preventivo de esta acción: por tanto el hecho de que el Tratado de Libre Comercio aún no esté suscrito, no implica la improcedencia de esta acción, pues procede aún cuando el daño no haya ocurrido, para evitarlo.

Según consideró, si bien el Congreso y la Corte Constitucional ejercen un control específico sobre el Tratado, esas competencias serán ejercidas una vez éste sea una realidad, por lo que los controles político y jurídico a posteriori, son de diferente naturaleza al que ostenta la judicatura en las acciones populares.

Concluyó el Tribunal en este punto, que es un hecho notorio el que algunos puntos de la negociación de este Tratado, arrojan dudas frente a ciertos perjuicios que pueden causarse a sectores de la población y de la economía colombiana, por lo que la acción popular se convierte en el mecanismo adecuado para que estas personas los prevengan; de la misma forma, si por la materia el asunto es justiciable, lo son también aquellas personas encargadas de esta negociación.

El segundo punto que asumió el Tribunal en este auto, el cual fue planteado de oficio y es el objeto del presente recurso de apelación, se refirió a la necesidad de ordenar una medida cautelar para evitar que se concrete el daño supuestamente existente en los hechos objeto de la acción.

El Tribunal, señaló como fuentes de información que ampliaron su conocimiento sobre los hechos objeto de este proceso, “las páginas web de los Ministerios de Comercio y Protección Social, O.P.S., C.A.N y publicaciones varias, así como del propio tratado en vía de negociación”; acto seguido, determinó cuáles en su criterio fueron los temas álgidos que presentó la negociación, a saber: el relacionado con la agricultura, el de los medicamentos y el de la propiedad intelectual; y cuáles derechos colectivos se relacionan con éstos, para pasar después al análisis concreto de cada uno de tales aspectos, en los términos que se resumen a continuación:

En cuanto al tema agrícola, señaló el Tribunal tres inconvenientes: El primero, referido a los cupos de importación para ambos países, en donde se supone existen productos que se verían beneficiados y otros que se verían afectados; para el Tribunal lo desfavorable depende de la flexibilidad del gobierno de Estados Unidos en aceptar que los cupos de sus exportaciones no sean en miles de toneladas como han propuesto, respecto de lo cual los negociadores no han cedido, por lo que entonces el sector agrícola se vería arruinado en breve; en cuanto al sector

avícola, se considera lesiva la importación de partes del pollo que los norteamericanos consideran desechos (respecto de lo anterior, el Tribunal afirma citar de varios documentos publicados en la red y señala como destacados “Agricultura y Propiedad intelectual” y “el TLC la hora de la verdad”).

El segundo inconveniente lo refirió al aspecto relacionado con las medidas fitosanitarias y de control físico, pues según indicó, Estados Unidos exige que todo material animal o vegetal que entre a su territorio, debe estar libre de plagas y enfermedades; en el caso colombiano existen revisiones excesivas que se constituyen en barreras no arancelarias contrarias a lo propuesto en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

El tercer inconveniente en el tema agrícola, lo refirió a los subsidios que Estados Unidos otorga a sus agricultores, los cuales consideró como una medida contraria a los lineamientos fijados por la Organización Mundial del Comercio, pues que incide directamente en el precio del producto en el mercado, sacando de competencia a aquellos países en desarrollo que no tienen cómo otorgar estos subsidios.

Pasando a otro tema, el Tribunal mencionó de manera general lo atinente a las desgravaciones arancelarias, donde supuestamente Colombia va a eliminar los aranceles desde el mismo momento de la celebración del acuerdo, mientras que Estados Unidos lo hará lentamente, incluso en un plazo de 15 años.

En relación con el tema de los medicamentos, consideró como controversial pretender conseguir patentes para seres vivos, animales y plantas, el aumento de la protección a los datos de prueba, la protección a la seguridad y eficacia de nuevos productos, nuevos usos a medicamentos ya patentados y alargamiento de patentes como sanción por las demoras en su otorgamiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Según indicó, el equipo negociador de propiedad intelectual para la XII ronda realizada en Cartagena, dijo que la alternativa de Estados Unidos era altamente inconveniente para Colombia (esta información la refiere el Tribunal atendiendo a la carta de 23 de septiembre de 2005, mediante la cual, el equipo negociador hace un balance de esta ronda de negociaciones. Página web de Portafolio del viernes 23 de septiembre de 2005).

Dijo el Tribunal, que pretender patentar seres vivos y segundos usos, contraría el convenio de la biodiversidad biológica suscrito por Colombia y aprobado por la Ley 165 de 1994, y el convenio UPOV (por medio del cual se aprueba el Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales) aprobado por la Ley 243 de 1995 lo que además iría en contra del conocimiento tradicional como parte de nuestra cultura que no puede ser objeto de apropiación por nadie.

Se argumentó finalmente por el tribunal, que a pesar de que ellos conocen las bondades del Tratado, consideran que son mayores los perjuicios que trae éste, y que incluso las arcas públicas se verían perjudicadas, vulnerando el derecho colectivo al patrimonio público, por el incremento de los costos en salud que tendría que hacer el Estado, para compensar la pérdida de bienestar en la población, con el consecuente efecto en el presupuesto público y el aumento tributario o disminución de la inversión social, etc.

De todo lo anterior, concluyó el Tribunal:

“..no solo la acción ejercida es procedente, conducente y necesaria para amparar de manera preventiva los derechos colectivos antes mencionados, sino que por lo mismo, dado que la

actuación de este Tribunal solamente puede resultar eficaz en la etapa actual, previa a la suscripción del Tratado que parece inminente luego del reciente rompimiento de la unidad del grupo de los andinos con la suscripción del Tratado entre Perú y los Estados Unidos, para evitar que se concrete el daño que ahora amenaza tanto a los más desfavorecidos en su acceso a los medicamentos, como a quienes generan riqueza y empleo con sus capitales invertidos en el sector agrícola y pecuario, resulta indispensable dictar medida cautelar de conformidad con la facultad oficiosa que consagra el artículo 24 de la ley 472 de 1998.”

Salvamento de voto de la providencia de 12 de diciembre de 2005.

En posición opuesta a la sostenida en el auto anterior, el Magistrado Fabio O. Castiblanco Calixto, salvó el voto en los siguientes términos:

Consideró el Honorable Magistrado que los argumentos del Procurador Delegado ante esta Sección del Tribunal, por medio de los cuales repuso el auto admisorio de la demanda, debieron ser analizados de la siguiente forma: En primer lugar, de las meras expectativas y, en segundo lugar, del proceso de formación y perfeccionamiento de los Tratados y Convenios Internacionales.

En cuanto al primer punto, advirtió que en la demanda, no se tiene certeza sobre los hechos narrados por el accionante, sino que se trata de simples inferencias a las que se llega por el conocimiento que se ha obtenido de la negociación del Tratado de Libre Comercio en los medios de comunicación, por lo que no se puede deducir de esta situación jurídica no consolidada, la violación a unos derechos colectivos. Según indicó, no se cuenta en el expediente con documento alguno que permita inferir una amenaza real a los derechos colectivos demandados, debido a que se trata de un acuerdo de voluntades que se encuentra hasta ahora en proceso de formación.

En cuanto al segundo punto, del proceso de formación de los Tratados o Convenios Internacionales, el Magistrado enunció las disposiciones constitucionales que lo regulan, resaltando la potestad del presidente como director de las relaciones internacionales, en cabeza de quien está la negociación del Tratado, la competencia del Congreso para aprobarlo o improbarlo por medio de una ley, y la competencia de la Corte Constitucional para examinar el Tratado a la luz de las disposiciones superiores.

En este orden de ideas, señaló cinco etapas en el proceso de formación de los Tratados (negociación, aprobación por el congreso, revisión automática por parte de la Corte Constitucional, ratificación presidencial y el canje de notas), identificando al actual Tratado de Libre Comercio en la primera de ellas, que es una potestad exclusiva del Presidente, por lo que el juez administrativo no es competente para imponerle limitaciones al Presidente cuando negocia, pues no puede coadministrar.

Continuó diciendo, que si realizada la negociación existen objeciones respecto del Tratado, éstas serán discutidas en el seno del congreso y, si existe contradicción entre éste y la Constitución, pues será revisado por la Corte Constitucional; todo este procedimiento indica que la acción popular no juega ningún papel frente a los Tratados Internacionales.

Concluyó el Magistrado disidente, que el accionante no escogió apropiadamente la acción, puesto que tiene la posibilidad de acceder al debate de aprobación de un Tratado, en otras instancias Constitucionales que le van a permitir defender los derechos que considera vulnerados. Por esta razón, debió concederse el recurso de reposición interpuesto por el

Procurador Judicial y, en su lugar, rechazarse la demanda.

En cuanto a la medida cautelar decretada, el magistrado reiteró su argumento referido a la falta de un documento que le permita al juez inferir una amenaza real para los derechos colectivos discutidos en el caso concreto, por lo que no existe el apoyo probatorio necesario para decretar esta medida.

De las impugnaciones

Teniendo en cuenta que el artículo 36 de la ley 472 de 1998, establece que el recurso de reposición se interpone en los términos del Código de Procedimiento Civil, el cual, en su artículo 348 inciso 3°, establece que “el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos”, los demandados Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fls. 47 a 75 c.p.), Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 89 a 104 c.p.), Ministerio de Protección Social (fls. 146 a 157 c.p.), Presidencia de la República (fls. 110 a 128 c.p.) y el Procurador Sexto Judicial Administrativo Delegado ante la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 135 a 144 c.p.), formularon recurso de **reposición y en subsidio de apelación** contra el auto anterior, respecto del punto referido al decreto de la medida cautelar. El Ministerio de Comunicaciones (fls. 41 a 46 c.p.) y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 129 a 132 c.p.), presentaron únicamente **recurso de apelación**.

Ahora bien, por cuestiones metodológicas, debido a la extensión y diversidad de temas que plantean los recurrentes, dada la coincidencia que existe entre los puntos de oposición de los demandados frente al auto impugnado y con el propósito de ordenar y dar claridad al estudio que corresponde a la Sala, se agruparán los cargos del recurso de apelación interpuesto según su naturaleza, para ser estudiados en orden, seguidos de las respectivas consideraciones para cada uno si a ello hay lugar. Adicionalmente, para una mejor comprensión del auto del Tribunal, de 2 de febrero de 2006 que se resume en el siguiente acápite, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra la medida cautelar decretada, se enunciarán a continuación los argumentos de los demandantes:

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, consideraron que el decreto de la medida cautelar, pone en peligro grave e inminente el interés público, por las siguientes razones: porque desconoce las competencias atribuidas al Presidente de la República por la Constitución; trasgrede el principio de la división de poderes; carece de pruebas que sustenten la medida cautelar, de legitimación activa del accionante y, además, la acción fue interpuesta con temeridad, pues existen otros mecanismos de participación de la sociedad en el trámite de la aprobación de un Tratado Internacional.

El Ministerio de Protección Social, basó su recurso de reposición y subsidiario de apelación en tres puntos específicos: las potestades constitucionales del Presidente de la República, la falta de pruebas que sustenten la medida cautelar y la falta de legitimación por activa; con argumentos muy similares a los esgrimidos por los anteriores demandados.

El Ministerio de Comunicaciones, fijó los motivos de su apelación manifestando que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, impartió una directriz de negociación de un Tratado Internacional, sin que la Constitución otorgue esta competencia a los jueces de la República; que

la decisión adoptada por el Tribunal, es una política de Estado que no le corresponde y que aunque la medida cautelar adoptada fuera constitucional, resulta inaplicable porque se formula de una manera vaga. Por último, arguye el Ministerio, que el Tribunal debió considerar toda la negociación para determinar si había o no peligros en ésta, porque la medida adoptada no parece tener toda la ilustración del caso.

Para finalizar con los argumentos del Gobierno Nacional, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, apeló el auto expresando que las potestades constitucionales del Presidente, en lo relativo al manejo de las relaciones internacionales, son exclusivas de éste, por lo que ningún juez de la República está llamado a inmiscuirse en ellas; que existe una falta de concreción e incertidumbre acerca de los hechos que dan lugar a la acción y, por ende, a la medida cautelar y, finalmente, frente a los Tratados Internacionales, que existe un control constitucional que subsume el papel del juez popular.

Por su parte, la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa, manifestó su oposición, fundándola en el peligro cierto e inminente al interés público, argumentando que la medida cautelar es improcedente por ser improcedente la acción popular misma, e igualmente, porque la medida cautelar resulta inconducente en virtud de su contenido; señaló además, que tal medida carece de razonabilidad y sustento probatorio y que lesiona la dignidad del Jefe de Estado.

El Auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se resolvió el recurso de reposición.

El recurso de reposición interpuesto por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Protección Social, la Presidencia de la República y el Procurador Sexto Judicial Administrativo, fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto de fecha 2 de febrero de 2006, dentro del cual se resolvió NO REPONER el auto de 12 de diciembre de 2005, respecto de la medida cautelar decretada.

Además de lo anterior, el Tribunal, para efectos de delimitar el alcance de la medida adoptada, determinó, en el segundo punto de la parte resolutive de esta providencia, lo siguiente:

“Se considerarán dañinas para los derechos colectivos las cláusulas del Tratado en discusión que impongan obligaciones a Colombia en los aspectos anteriormente enunciados en la parte motiva de la presente providencia y son entre otros los siguientes:

“- Permitir el aumento del plazo de duración de las patentes a productos farmacéuticos de empresas extranjeras, patentamiento de segundos usos y cambios menores sobre productos farmacéuticos ya patentados, así como extensión del tiempo de protección a los datos de prueba presentados para la aprobación de una patente por fuera de las normas de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones CAN.

“- Permitir el patentamiento de seres vivos, animales o plantas, del patrimonio natural de la Nación colombiana.

“- Aceptar el ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco de los Estados Unidos, bajo el sistema de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional, condición que a modo de compensación a las empresas nacionales afectadas por las pérdidas económicas consiguientes conduzca a proponer ante (sic) Congreso de Colombia, el establecimiento de medidas con cargo al Presupuesto Nacional, que impliquen en consecuencia, creación de gasto público. O permitir

la entrada de productos bajo régimen de tarifa cero por aranceles y demás tributos a las importaciones, sin la idéntica reciprocidad para los productos colombianos de exportación.

“- Aceptar la importación al país de máquinas o partes de máquinas remanufacturadas

“- Aceptar la introducción al país de ropa o cualesquiera clase de bienes usados o considerados de desecho por la industria de los Estados Unidos.”

El Tribunal, en el análisis de los cargos presentados por los demandados, hizo las siguientes consideraciones:

Respecto de los cargos referidos a la facultad exclusiva del Presidente de la República de manejar las relaciones internacionales y la vulneración del principio de separación de los poderes públicos, el Tribunal consideró que las facultades del Presidente, de iniciar y concluir negociaciones, si bien son exclusivas, no impiden el control de las actividades que se realizan en ejercicio de éstas, en la medida que nuestro modelo de Estado supone una superposición material de funciones, entre las ramas del poder público, necesarias para mantener un balance de poder y garantizar los derechos y libertades de la población (en auxilio de lo anterior, el Tribunal cita la sentencia T-983A\04 de la Corte Constitucional).

Ello, teniendo en cuenta que, en la evolución del Estado Social de Derecho se han creado una serie de acciones y procedimientos dirigidos a que el juez controle directamente los actos de la administración. La acción popular es parte de estos mecanismos de control, que tiene por objeto la protección de derechos e intereses colectivos vulnerados o amenazados por cualquier entidad pública o particular, sin que la Constitución o la ley hagan excepción alguna.

El Tribunal, reiteró lo dicho en el auto de 12 de diciembre, respecto que la acción popular, realiza un control anterior y preventivo que busca la protección de derechos colectivos, con independencia del estudio de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional; para el Tribunal: “los defectos de exequibilidad del texto de un Tratado, no eliminan el acuerdo de voluntades; posibilitan expresar la llamada 'reserva', mientras que a través de la acción popular, esta acción popular (sic), es viable evitar la inclusión de cláusulas cuyo contenido amenace materializar un daño sobre tales derechos.”

Continuó afirmando, primero, que se trata de una acción de stirpe constitucional y que, por ello, es claro que el juez popular puede llegar a tocar los límites de las competencias que ostenta el Jefe de Estado y, segundo, que dentro de un Estado de Derecho no pueden existir facultades ilimitadas, por lo que los controles al uso del poder, son coherentes con el concepto de democracia (con base en lo anterior, se cita la sentencia C-1172\01 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Concluyó el Tribunal diciendo, que no encontró fundamento alguno respecto de la intangibilidad de la función de negociación y suscripción de Tratados Internacionales en cabeza del Presidente de la República, que impida ejercer este mecanismo de control, no sólo respecto de la procedencia de la acción popular, sino también, respecto de la medida cautelar decretada; dijo además, que la situación actual no se constituye en un suceso “impresentable o inexplicable” ante los ojos del otro Estado negociador del Tratado; y, tercero, que el hecho de que no exista un precedente respecto del caso en cuestión, no es óbice para que sea de recibo la presente actuación judicial.

En cuanto al cargo relativo a la falta de prueba que sustenta la medida cautelar y aquel según el

cual ésta se torna inconducente, el Tribunal transcribió el artículo 25 de la ley 472 de 1998, para mostrar cómo la ley no exige, para el decreto de medidas cautelares, una tarifa probatoria, lo que no implica que ésta sea discrecional.

Dijo el Tribunal, que para el caso concreto, si bien no reposan en el expediente físicamente los medios de prueba en donde se soporta la medida cautelar, sí se pueden encontrar “en la red virtual del conocimiento y la información”; lo anterior lo refuerza con el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, en aquello que nos interesa: “Sirven como pruebas ...cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. De la misma forma citó el artículo 95 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según el cual, los jueces pueden hacer uso de los medios electrónicos para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por estos mismos medios gozarán de la validez y eficacia de un documento original, siempre que esté garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

El Tribunal citó además, varios artículos de la ley 527 de 1999, que es la llamada “ley de comercio electrónico”, que en su artículo sexto establece que, en aquellos casos en donde se requiera que alguna información conste por escrito, este requisito puede ser satisfecho con un mensaje de datos, si puede accederse a él posteriormente para su consulta; además, que lo anterior se aplicará si el requisito se establece, como una obligación legal o si se deducen consecuencias en el caso que no conste por escrito. Para el tribunal, el artículo décimo de esta ley, establece que los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y, el artículo undécimo, se refiere a los criterios de valoración probatoria de éstos (“se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás requisitos reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas”).

En este orden de ideas, continuó el Tribunal haciendo un análisis respecto de la adecuación de esta normatividad a los Códigos de Procedimiento Civil, con base en la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para decir, que el recurso no tiene fundamentos porque la medida sí tiene soporte en pruebas que se pueden visualizar en la red informática y que, durante el proceso, estarán sujetas a contradicción.

Respecto de la información específica que el Tribunal extrae de los medios probatorios informáticos, defendidos anteriormente, manifestó:

“De un lado se tiene un hecho notorio pues no escapa al conocimiento de todos; de otro (sic), las múltiples inferencias tomadas de las apreciaciones y opiniones de expertos de quienes han tenido la oportunidad de conocer las informaciones que suministra el órgano de divulgación establecido al efecto, como lo reconocen los recurrentes, además de la información de primera mano obtenida por quienes han podido estar en 'el cuarto de al lado' siguiéndole los pasos a la negociación, se aúnan para valorar bajo las reglas de la sana crítica la existencia de una amenaza real a los derechos colectivos, que no simple conjetura de este Tribunal. Desde luego que se destaca entre los diferentes elementos de sustento, la renuncia de los negociadores cuya copia reposa en la red informática. Así mismo, es asimilable a informe de perito la opinión del experto Germán Velásquez, que sobre el derecho de acceso a los medicamentos fue expuesta más ampliamente en el análisis de la ponencia insertada en la página web de la Organización Panamericana de la Salud.”

Concluyó el análisis de este cargo, afirmando que los requerimientos de los impugnantes, en materia de prueba, son excesivos, en la medida que no toda afirmación que haga el juez debe

apoyarse en medios de prueba:

“Finalmente, cabe llamar la atención de los abogados representantes de la parte demandada, en cuanto al juez no se le puede exigir descomedidamente que pruebe lo que afirma. El papel del juez popular, si bien dinámico y proactivo no es equiparable al de las partes. Lo que la Constitución y la ley exigen y se espera de la actividad judicial es que las providencias se hallen debidamente motivadas, que sus juicios de valor sean razonados y razonables, dando prevalencia a lo sustancial y al fin primordial de la administración de justicia: hacer efectivos los derechos, empezando por el derecho fundamental de acción. Por lo demás, resulta ser una distorsión de la necesidad de motivación de las providencias, el que se pretenda que cada enunciado de la argumentación jurídica tenga que apoyarse en medios de prueba, sobre todo si el razonamiento jurídico de quienes niegan la verdad de los argumentos, parte de una realidad tan limitada como lo es el universo de las afirmaciones que únicamente pueden verificarse en la prueba documental incorporada al expediente.”

Respecto de los argumentos esgrimidos por los impugnantes, referidos a la falta de legitimación por activa para incoar la acción popular, consideró el tribunal, que en materia de acciones populares, la legitimación activa está dotada de una universalidad especial, que le otorga directamente la ley 472 de 1998, al decir, en el artículo 12 numeral primero, que podrá ejercitar la acción popular toda persona natural o jurídica; lo que es apenas obvio, teniendo en cuenta que las pretensiones en dichas acciones tienen por objeto la defensa de derechos o intereses colectivos, los cuales están en cabeza de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

Para el Tribunal, el interés individual del accionante, ajeno a la protección de un derecho colectivo, es una conclusión apresurada de los apelantes, puesto que su calidad de habitante y ciudadano colombiano, lo hacen destinatario de la celebración del Tratado de Libre Comercio y, por ende, legitimado para incoar esta acción. Agrega, que argumentos relacionados con la inexistencia del daño o amenaza al interés colectivo, no atacan la legitimación por activa de la acción, sino, la procedencia de la misma. Bajo estas mismas razones, consideró infundado el cargo de temeridad imputado al accionante.

De otra parte, al reafirmar la medida cautelar pretendió evitar la concreción de las siguientes clases de daños:

Lesión del derecho de los consumidores al acceso a medicamentos genéricos y derecho a la salud, el cual ocurriría si se permite el aumento del plazo de duración de patentes para productos farmacéuticos de empresas extranjeras, patentes para segundos usos, cambios menores sobre productos ya patentados y extensión de la protección a los datos de prueba por fuera de las normas de la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones CAN.

Lesión al derecho colectivo a conservar la diversidad cultural y biológica, prevenir el deterioro ambiental y proteger el conocimiento tradicional si se permiten las patentes de seres vivos, animales o plantas y, en general, de cualquier otro bien de la diversidad biológica nacional

Lesión al derecho de los consumidores de acceso a productos en condiciones de precio favorable, a la seguridad alimentaria, al empleo del agro y la libre competencia económica de los agricultores nacionales si se acepta el ingreso de productos agrícolas norteamericanos subsidiados, en cupos que excedan la producción nacional, y si la entrada de estos productos se da con tarifa cero en aranceles y demás tributos, sin la misma prerrogativa para los productos nacionales. Dice el Tribunal, que si para subsanar esto, el gobierno propone medidas con cargo al

presupuesto nacional, se estarían subsidiando las utilidades de las empresas norteamericanas con nuestros impuestos.

Lesión al derecho a la seguridad y la previsión de desastres técnicamente previsibles, si se acepta la importación de máquinas o partes remanufacturadas, que también afectaría a los productores nacionales de estos bienes.

Lesión al derecho a la salud, libre competencia económica y dignidad nacional, por la importación de ropa o cualesquiera clase de bienes usados o considerados como desechos por la industria norteamericana.

El Tribunal concluyó que éstos no son los únicos casos dentro del Tratado de Libre Comercio que contienen daños o amenazas de daños a los derechos colectivos, en la medida en que no se conoce el texto íntegro del proyecto de Tratado, sino sólo aquellos lineamientos discutidos en los medios de comunicación; y, agregó, que esta desinformación no hace que pueda tildarse de peligrosista a esa Corporación.

El último cargo que estudió el Tribunal, fue el referido a la participación de la sociedad civil en el trámite de aprobación de los Tratados, se dijo al respecto, que efectivamente el gobierno ha creado varios espacios de participación de la comunidad en la discusión del TLC, sin embargo, éstos han sido meramente formales; afirmó, que es de conocimiento público que voceros del sector gremial (SAC, FENAVI, FEDEARROZ, FEDEPANELA, ASOCAÑA o ASINFAR), han manifestado su preocupación, porque el gobierno no ha querido escuchar sus advertencias en algunos puntos de las negociaciones, de lo cual concluye el Tribunal, que si no ha oído a estos sectores fuertes de la economía, mucho menos escuchará a los demás estamentos de la sociedad.

Por lo anterior, manifestó el Tribunal que este mecanismo de acción judicial termina siendo la única vía para la defensa de la economía y la población colombiana, aunque no se conozca un texto concreto del mismo; agregó, que no obstante hay personas a quienes beneficia este Tratado, creando oportunidades o mejoras comerciales, prima el derecho de la mayoría que resultaría afectada en aspectos fundamentales como la salud y la seguridad alimentaria.

Aclaración de voto de la providencia de 20 de febrero de 2006.

Frente al auto anterior, la Magistrada Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda, aclaró su voto respecto de ciertos aspectos que no fueron examinados por la providencia analizada.

Para esta magistrada, si bien la Constitución otorga la competencia exclusiva al Presidente de manejar las relaciones internacionales, dentro de lo cual se encuentra la negociación y suscripción de los Tratados Internacionales, y ésta no puede ser limitada ni siquiera por una ley, también es cierto que la soberanía reside en el pueblo y que son fines del Estado asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y las autoridades deben proteger a todos los colombianos en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades; lo que supone que “si antes de la celebración del tratado el pueblo tiene certera convicción de su inconveniencia, no le queda otra cosa al señor presidente que oír la voz del pueblo”.

La aclaración de voto, hizo un análisis de los diferentes controles del Tratado manifestó que no obstante ser inconveniente que un órgano diferente del Presidente se oponga a la celebración de un Tratado, nos encontramos ante una situación que rompe los principios de justicia y equidad, que impide, una vez expresada la voz del pueblo por conducto del juez, que el Presidente celebre un Tratado en los términos y condiciones que los medios de comunicación han puesto de

presente.

Añadió que, teniendo en cuenta la potestad del Presidente, establecida en el artículo 224 de la Constitución Política, según la cual, “el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.” Para esta magistrado, la necesidad de la medida cautelar emerge del mismo texto, puesto que si se hace uso de esta facultad en el Tratado de Libre Comercio (TLC), todos los perjuicios augurados en el auto aclarado se harán efectivos, sin que puedan tomarse medidas que conjuren estos daños antes de que el Congreso y la Corte Constitucional se pronuncien.

Finalizó su aclaración manifestando, que existe la duda de que esta clase de tratados económicos y comerciales admita realizar reservas, y que la medida cautelar, no va dirigida a que el Jefe de Estado no celebre tratados, sino a que procure en su celebración la prosperidad general de la Nación.

Salvamento de voto contra de la providencia de 2 de febrero de 2006.

En oposición a la decisión mayoritaria adoptada en respuesta a los recursos de reposición, el Magistrado Dr. Fabio O. Castiblanco Calixto, salvó su vot, manifestando que los Tratados de Libre Comercio son convenios internacionales mediante los cuales las partes establecen unas normas para facilitar las relaciones comerciales entre ellos; que la Constitución en su artículo 189-2 facultó de manera exclusiva al Presidente de la República para la negociación de Tratados Internacionales, sin que sea dable que el Juez Popular intervenga en la etapa de suscripción del Tratado Internacional para delimitarle sus facultades y determinarle los aspectos que no debe negociar. Según indicó, existen los aspectos de control legislativo y de control judicial en el evento en que algunas de las cláusulas del Tratado vayan en contravía de la Constitución. Por tanto, según consideró, la Acción Popular no es procedente para amparar derechos colectivos en relación con suscripción de Tratados Internacionales y menos aún para intervenir en la primera etapa o de negociación, lo cual es de competencia del Gobierno Nacional.

De otra parte, señaló que en el expediente no existe prueba alguna que le permita al juez popular determinar que existe una posible violación o amenaza de los derechos colectivos y que amerite precaverla de manera inmediata, por lo que no puede el juez basar su decisión en supuestos o situaciones que no se encuentran determinadas, pues para que las pretensiones formuladas tengan prosperidad, debe demostrarse que la amenaza es real y que se fundamenta en hechos ciertos y debidamente acreditados.

Del contenido de los recursos de apelación presentados de manera subsidiaria al de reposición o como únicos principales.

Tal y como se señaló en el numeral 4 del presente Título, teniendo en cuenta la similitud que se presenta entre los recursos interpuestos por los apoderados de la parte demandada, a continuación resumirá la Sala, de manera agrupada los argumentos que sustentan los recursos para, de manera posterior, proceder a su resolución.

Argumentos contra la procedencia de la acción popular:

Se ocasionan perjuicios ciertos e inminentes al interés público por que la medida cautelar es

improcedente al ser la acción popular improcedente.

Bajo esta premisa, la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa, argumentó que los Tratados Internacionales son actos jurídicos complejos, que se constituyen por la concurrencia de varios pasos y actos, en los que intervienen las tres ramas del poder público; no obstante lo anterior, dentro de los sistemas de corte presidencial, es facultad exclusiva del ejecutivo la iniciativa e impulso de este proceso. Según indicó, esta facultad es independiente de la obligación de remitir el texto del Tratado al Congreso de la República para su aprobación mediante ley, y su posterior revisión por la Corte Constitucional cuya finalidad consiste en verificar la sujeción del Tratado a las previsiones constitucionales, protegiendo, de tal forma, los derechos fundamentales y los derechos colectivos. Además, recalcó que en todas las etapas del proceso, la comunidad tiene la posibilidad de participar en pro de sus propios intereses.

Por ello, los tratados tienen su propio sistema de control, establecido por la Constitución, que es diferente al de cualquier otro acto dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se sustrae a cualquier otra autoridad no contemplada en la Constitución, del conocimiento y juzgamiento de estos actos; más aun cuando en materia de negociación y suscripción, la Constitución fija unas facultades exclusivas en cabeza del Presidente. En el caso concreto, se intenta interrumpir la negociación del Tratado de Libre Comercio, mediante la interposición de una acción popular en defensa de la moralidad administrativa.

Añadió la Procuraduría, que de la regulación de las acciones populares (ley 472 de 1998), no se extrae que esta clase de intervención haya sido la voluntad del legislador, de la misma forma que tampoco fue la intención de la Constitución. A juicio de este organismo de control, las acciones populares sólo proceden contra actos del Presidente como Jefe de Gobierno, pero no contra los actos que realiza como Jefe de Estado, máxime, cuando están en juego las relaciones internacionales de Colombia y su credibilidad como Estado; “si el juez popular tuviere en sus manos el suspender negociaciones internacionales, estaría afectando derechos de otras naciones, lo que sería inaceptable para el Derecho Internacional.”

Concluyó la Procuraduría, en la improcedencia de la acción popular contra Tratados Internacionales por tres razones: la primera, porque el juez popular carece de competencia para atacar o interrumpir un proceso de negociación internacional, llevado a cabo en ejercicio de competencias constitucionales; segundo, porque durante la elaboración del Tratado, el actor cuenta con la facultad constitucional de intervenir para que se protejan derechos que se consideran vulnerados o amenazados y, tercero, porque el pronunciamiento del Tribunal se dirige contra una mera expectativa, porque el Tratado de Libre Comercio hasta ahora se encuentra en la etapa de negociación, siendo éste aun inexistente. “En síntesis, al ser improcedente la acción popular, tampoco pueden ser procedentes las medidas cautelares a las que esta Agencia del Ministerio Público se opone.”

Falta de legitimación por activa y temeridad.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Protección Social y la Presidencia de la República, presentaron como argumento de oposición al auto del Tribunal, aquel según el cual, una demanda como la del caso concreto debe ser rechazada por ser interpuesta en interés personal de un ciudadano, dado que, con base en todo el escrito de impugnación, se demuestra que no existe violación de derechos colectivos y las bondades del Tratado para el bienestar general.

En sustento de lo anterior, citaron varias sentencias del Consejo de Estado, en las que se pone de presente que el interés para actuar en las acciones populares está dado por la finalidad de proteger un interés colectivo que está en cabeza de una comunidad, pero que al momento de pedir su defensa, ésta se entiende representada en aquel que interponga la acción.

De otra parte, señalaron los impugnantes, que el accionante, so pretexto del amparo de derechos colectivos, persigue un fin contrario a la Constitución, cual es el que mediante una decisión judicial se ordene al Presidente de la República o a sus representantes facultados, no ejecutar sus prerrogativas constitucionales y legales establecidas en el artículo 189 de la Constitución, lo que convierte a esta acción en temeraria. Para los impugnantes, lo anterior debe impedirle al juez darle impulso a una acción cuyo objeto es contrario al ordenamiento legal.

Ya en lo que se refiere a la medida cautelar, consideraron los impugnantes que las pruebas tienen una base hipotética en las que se fundamentó el Tribunal para decretarla y aludieron a la existencia de controles previos al perfeccionamiento del Tratado que cumplen la supuesta protección de los derechos colectivos que quiere brindar el Tribunal mediante esta medida.

Participación de la sociedad civil.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, bajo este argumento indicó, que existen unos medios de participación ciudadana, dentro del proceso de aprobación de un Tratado, que tienen como objetivo el que cualquier miembro de la comunidad manifieste presuntas amenazas o vulneraciones a los derechos colectivos; entre los cuales encontramos:

Durante el proceso de negociación (artículos 9 y 10 del Decreto 2314 de 2004)

En caso de que el tratado se suscriba y se someta a aprobación del Congreso el ciudadano puede intervenir ante el legislativo, (art. 96 de la ley 5 de 1992 (...)) En todas las etapas de su trámite, en proyectos de ley o de reforma constitucional, será oído por las Cámaras un vocero de los ciudadanos proponentes cuando hagan uso de la iniciativa popular, en los términos constitucionales).

Si el tratado es aprobado por ley, durante el control de exequibilidad ejercido por la Corte Constitucional, (artículo 241 numeral 10) cualquier ciudadano puede intervenir ante estas instancias para manifestarse sobre el instrumento y exponer las razones por las que considera inconstitucional el instrumento.

En este sentido, manifestaron los impugnantes, que para el caso del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el gobierno ha seguido los parámetros de la democracia participativa, teniendo en cuenta que el equipo negociador colombiano ha sido conformado con representantes de todas las carteras involucradas en los temas de la negociación, además de profesionales expertos en negociaciones internacionales, ello bajo la dirección del Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

“Además, que en cumplimiento del artículo 77 del Plan Nacional de Desarrollo, existe una institucionalidad complementaria de consultas para las negociaciones, con énfasis en la participación del congreso. En el nivel local, ello se expresa en la convocatoria de comités regionales que cuentan igualmente con la participación del sector privado y la comunidad en general”

De la misma forma, el gobierno, con el ánimo de ser transparente y promover la participación en las negociaciones, solicitó el acompañamiento de la Procuraduría, lo que se erige como garantía de que en la negociación se han tenido en cuenta los intereses de los ciudadanos; y creó la figura del “cuarto del lado” en donde, de manera simultánea a las negociaciones, se conforma una discusión entre miembros de la comunidad empresarial y de la academia del país, con los negociadores directos del Tratado, con el objeto de poner en conocimiento de la comunidad en general el desarrollo de las negociaciones.

Control Constitucional de Tratados Internacionales

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mencionó en su escrito de apelación, que siendo el control de constitucionalidad, que ejerce la Corte Constitucional, de naturaleza formal y de fondo, si realmente hubiere amenazas o riesgos para los derechos colectivos, ésta es la instancia encargada de su protección, declarando inexecutable aquellos apartes del Tratado que adolezcan de estos vicios. En otras palabras, argumentó el Ministerio, que el control de constitucionalidad obligatorio de los Tratados, subsume el posible papel que puede desempeñar el juez popular en el caso concreto.

Argumentos que sustentan el recurso en evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público por el desconocimiento de las competencias atribuidas al presidente y la consecuente vulneración del principio de separación de los poderes públicos

El Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, manifestaron su oposición al auto de 12 de diciembre de 2005, con el objeto de evitar un perjuicio cierto e inminente al interés público (literal b artículo 26 de la ley 472 de 1998), bajo los siguientes argumentos:

El artículo 189 numeral 2º de la Constitución Política, otorga al Presidente la facultad exclusiva de iniciar y concluir negociaciones de tratados con otros Estados o con organismos internacionales, lo anterior apoyado además, en la sentencia C- 407 de 1992 de la Corte constitucional; de otra parte, el artículo 113 constitucional establece la separación de los poderes públicos y, por ende, la división de funciones entre las ramas y otros órganos del Estado; por esta razón, la medida cautelar ordenada por el Tribunal de Cundinamarca, vulnera estos preceptos constitucionales, causando un perjuicio cierto e inminente al interés público, puesto que “supedita una función propia y exclusiva del presidente de la República, a una decisión previa proferida por otra rama del poder”.

Además de lo anterior, el hecho de que el Presidente de la República someta a reconocimiento, permiso o aprobación previa, de otra rama del poder público, la negociación y suscripción de un Tratado, establece un requisito adicional que no contempla la Constitución Política, modificándola por la decisión de un juez.

La vulneración del interés público se manifiesta en la trasgresión del principio de separación del poder público y de sus competencias, que es propio de un sistema democrático y de derecho, lo que supone su observancia y conservación por parte de todos los ciudadanos y funcionarios del Estado.

En este orden de ideas, los impugnantes hicieron un recuento de lo que la jurisprudencia constitucional ha establecido respecto de la división de las ramas del poder público, dentro del cual destacaron la sentencia T-983A del 8 de octubre de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. De tal análisis, concluyeron que los controles entre las ramas del poder público en

nuestro ordenamiento jurídico se cumplen, respecto de los Tratados Internacionales, con la intervención de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, pero respetando siempre la facultad y competencia exclusiva del Presidente de la República de iniciar las negociaciones, sin más límites que aquellos que la Constitución Política le fija. Por ello, las demás ramas del poder público y los diferentes órganos del Estado, deben acatar la Constitución y respetar la facultad exclusiva en cabeza del Presidente, de negociar y suscribir Tratados con otros Estados u organismos internacionales.

Por último, en auxilio de lo anterior, manifestaron los impugnantes que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, no contiene norma alguna en materia de negociación, que establezca la intervención de todas las ramas del poder público en esta etapa de perfeccionamiento, pero sí establece que la representación del Estado se encuentra en cabeza del jefe de Estado, jefe de gobierno y Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 7), todos ellos parte del Ejecutivo y supedita la entrada en vigor de un instrumento internacional a la decisión de cada parte de conformidad con el procedimiento que más le convenga (artículo 11).

En el escrito de apelación del Ministerio de Comunicaciones, en el punto 4.1 y 4.2, apoyó los argumentos anteriores y agregó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha impartido una directriz de negociación de un Tratado Internacional, sin que en la Constitución esté prevista esta posibilidad. Dijo este impugnante, que las acciones populares no están concebidas para desplazar al gobierno en las funciones que le corresponden; en apoyo de lo anterior citó la sentencia del 23 de enero de 2003 del Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente: Mario Alario Méndez, en donde se dice:

“ 'La acción Popular fue instituida para la protección de los derechos e intereses colectivos, que no para indicar a la administración como debe ejercer sus funciones, y mal podría entonces pretenderse, como pretende el demandante, que mediante sentencia dictada por autoridad judicial se ordene al Ministerio de Comercio Exterior provea en un determinado sentido sobre temas que conciernen con (sic) sus funciones' ”.

Concluyó el Ministerio diciendo, que es tal la autonomía del Presidente en el manejo de las relaciones internacionales, que puede no aplicar nunca un Tratado, aunque éste haya sido aprobado mediante ley y declarado conforme con las normas constitucionales. Además, que se trata de una decisión política que no puede producirse desde el despacho de una autoridad judicial.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministerio de Protección Social, esgrimieron los mismos argumentos anteriores en su escrito de apelación, compartiendo en su totalidad dichas apreciaciones.

Por su parte, la Procuraduría judicial apelante, en su escrito de impugnación, agregó que las medidas cautelares se decretan por tres razones, a saber: por serios motivos de daño, para preservar la igualdad procesal entre las partes y para asegurar la efectividad de una sentencia condenatoria. Para el Procurador, ninguno de estos presupuestos se cumple con la decisión del Tribunal, dado que el carácter lesivo de un Tratado Internacional no puede ser medido en la etapa de negociación, ni en ningún corto plazo, sino que los efectos de un Tratado sólo pueden ser vistos a largo y mediano plazo.

Además de lo anterior, señaló que la medida cautelar es inconducente, primero, porque se quieren proteger derechos colectivos de un acto jurídico que hasta ahora está en proceso de

formación, puesto que se trata de un acto complejo que aun no existe como tal; y, en segundo lugar, porque le ordena al gobierno que no firme acuerdos lesivos a los derechos colectivos, que no es otra cosa que decirle que cumpla con su deber público.

Falta de prueba e inconducencia de la medida cautelar (presupuestos de procedibilidad de la medida cautelar)

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, acusaron la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de no estar basada en las pruebas reales y suficientes para inferir un grave riesgo para los derechos colectivos discutidos en el proceso y así poder decretar una medida cautelar.

Los impugnantes mencionaron como características principales de las medidas cautelares, el hecho de ser una garantía del cumplimiento de un posible fallo favorable y su carácter instrumental, y citaron en apoyo sentencia del Consejo de Estado (Sección Tercera. Sentencia AP-118 del 5 de agosto de 2004. Consejera Ponente: María Elena Gómez Giraldo) en donde se fijan otros rasgos característicos de estas medidas, entre los cuales se destacan: Que la medida cautelar nunca puede adelantar íntegramente el contenido de una condena; que las medidas cautelares serán homogéneas pero nunca idénticas a la medida ejecutiva de que se trate y que la medida cautelar debe ser proporcional, es decir, debe corresponder al mínimo sacrificio de los derechos del demandante.

En virtud de lo anterior, se concluyó que la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, está centrada en asuntos no probados y no contempla varias de sus características intrínsecas por las siguientes razones:

“(i) Por un lado, esta no tiene tal carácter en la medida en que de prosperar la acción popular, el cuerpo de la decisión expuesto en una posible sentencia sería exactamente el mismo de lo establecido por la medida. (ii) La medida no tiene carácter judicial, procesal o adjetivo, porque no solamente aspira a convertirse en providencia material convirtiéndose de antemano en sanción, satisfaciendo el derecho material o sustancial de manera irrevocable lo que se convierte en un acto de prejuzgamiento. (iii) No existe desde ningún punto de vista documento que le permita al juez popular determinar que existe una posible violación o amenaza frente a derecho colectivo alguno. Siendo así no existe perjuicio irremediable alguno.

“De acuerdo con lo expuesto, la decisión del Tribunal atenta contra los principios de homogeneidad, proporcionalidad e idoneidad”

Según los impugnantes, el Tribunal, para decretar la medida, se basó en reportajes periodísticos, desconocidos por la justicia colombiana como medios probatorios, en apoyo de ello, citaron sentencia del Consejo de Estado, del 16 de enero de 2001, consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, expediente ACU-1753, según la cual:

“Las publicaciones aparecidas en los diarios pueden ser consideradas como documentos pero su alcance probatorio está circunscrito a expresar la opinión del periódico respecto de la valoración que le atribuyó como noticia y la del periodista sobre su percepción de la misma, lo cual, sin embargo, no le otorga un valor de testimonio por carecer de los elementos esenciales de este medio de prueba tales como el ser rendidos ante el funcionario judicial, bajo la gravedad del juramento, y consignando la información sobre la razón de su dicho. El reportaje periodístico, mediatizado por las determinaciones de la llamada “actualidad informativa” mezcla multiforme

de intereses económicos, políticos y de otra índole, algunos respetables y hasta altruistas, y no pocas veces, expresión de intrigas y propósitos mezquinos, constituyen evidencia suficiente de la información pero no de la veracidad de su contenido' ”

Los demandados hicieron énfasis en que a la fecha no se tiene un texto definitivo del Tratado y que las negociaciones aún no han finalizado, por lo que entonces hasta tanto no haya terminado su etapa de celebración, no se podrán conocer los compromisos que asumirá Colombia y, por ende, no se podrá determinar todavía si existen o no derechos colectivos vulnerados o amenazados. Se afirmó por los demandados, entonces, que la medida cautelar se decretó por una presunta violación o amenaza a los derechos colectivos, en virtud de una carta de renuncia de tres miembros del equipo negociador colombiano y de información de los medios de comunicación. En sustento de lo anterior, se citó un auto del 23 de enero de 2003 de la Sección Quinta de esta Corporación, que en lo pertinente dice:

“ 'La base conjetural en la que el demandante basa su acusación, aunada a su imprecisión en el señalamiento de los supuestos de hecho con que respaldaría las violaciones que atribuye al organismo demandado, indica que no tiene certeza sobre la existencia de los hechos que amenazarían o vulnerarían los derechos colectivos señalados, al tiempo que ponen de manifiesto que la violación que dice se está produciendo por parte del Ministerio no va más allá de su propia inferencia, surgida de una publicación de la prensa escrita, pese a lo cual en la misma demanda sostiene que tal reglamentación como está concebida puede llegar a desconocer los derechos colectivos enunciados anteriormente.' ”

Para los impugnantes, el Consejo de Estado manifiesta la necesidad de que el daño o la amenaza al derecho o interés colectivo, se encuentre probado dentro del proceso, rechazando el conocimiento y pronunciamiento de fondo, de aquellos casos en los que se trata de hipótesis o conjeturas de éste. Se concluye entonces, que para decretar una medida cautelar, ésta debe tener por objeto la prevención de un daño inminente a los derechos colectivos que se pretenden proteger, situación que debe existir en el acervo probatorio, lo que no se presenta en el caso concreto.

Sobre este punto, se dijo finalmente: “No existen argumentos del Tribunal respecto a los perjuicios que sustentan la adopción de las medidas cautelares; en la medida en que según el alto Tribunal, 'constituye un hecho notorio el conocido por la opinión pública, en relación con el asunto que ocupa la atención de la Sala, que algunos temas objeto de la negociación previa entre los agentes para ello designados y los representantes del gobierno de los Estados Unidos arrojan dudas por el debate también públicamente planteado, acerca de los perjuicios que podrían acarrear en lo económico y en lo social a sectores de la población y a sectores de la economía' ”

Respecto a la inconducencia de la medida cautelar, los impugnantes se sirvieron del argumento según el cual, ésta ordena abstenerse de suscribir o refrendar acuerdo alguno que resulte lesivo de los derechos colectivos, lo que es obvio y no necesita de orden judicial, pues la Constitución Política claramente lo manda al decir que los servidores públicos, son responsables por infringir la Constitución o la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6); además, el artículo 121 dice que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley.

A este respecto, agregaron que la medida cautelar vulnera el principio de buena fe, al ordenarle a los negociadores abstenerse de conductas lesivas de los derechos colectivos, lo que supone, entonces, que las negociaciones van encaminadas a este fin. La Corte Constitucional, ha señalado

que quien afirma la mala fe de alguien debe probarla, pues el ordenamiento jurídico consagra precisamente la presunción contraria.

El Ministerio de Comunicaciones, en su apelación hizo referencia a dos puntos concretos respecto de las condiciones de procedibilidad de la medida cautelar, el primero, referido a la indeterminación de la medida, pues ésta habla de lesionar derechos colectivos, sin determinar qué se puede entender por lesionar, a lo cual indica que las medidas cautelares deben ser precisas para que no se apliquen a aquello para lo cual no estaban destinadas. Al impugnante le preocupa que con base en esta medida, los enemigos del TLC puedan entorpecer las negociaciones.

El segundo punto, lo refirió a que el tribunal al decretar la medida, debió ilustrarse más sobre toda la negociación, porque se trata de un tema vasto que no se estudió en su totalidad, y la medida se dirige sólo frente a asuntos que se presentaron meses atrás, por lo que hoy en día la negociación tiene cambios sustanciales que no se tuvieron en cuenta.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, compartió los argumentos anteriores respecto de la falta de prueba para el decreto de la medida cautelar, respecto de los hechos objeto de esta acción popular, para lo cual, señaló que el Tribunal incurrió en un grave error de apreciación por tres motivos concretos:

El primero titulado “concreción de los hechos”, en donde señaló que el Tribunal nunca adujó hechos precisos, determinados y concretos, con la suficiente potencialidad para vulnerar un derecho colectivo, por el contrario, echó mano de apreciaciones imprecisas e hipótesis planteadas en artículos de opinión publicados en medios de comunicación o en otro tipo de ensayos y en una carta de renuncia de unos negociadores. En este sentido apoyó el salvamento de voto del Magistrado Fabio Castiblanco, según el cual “no existe certeza sobre los hechos narrados por el accionante”.

El segundo motivo lo tituló “certidumbre de los hechos”, y aquí hace referencia a que el Tribunal no conocía a ciencia cierta los contenidos de las agendas de negociación del TLC, sino que perdió de vista que no hay hasta hoy un texto definitivo que contenga todos los elementos del potencial Tratado.

El tercer motivo, titulado “prueba de los hechos” se refiere a que jurídicamente no es posible que las hipótesis planteadas por el Tribunal y los artículos de opinión citados, tengan la virtualidad de generar en el fallador la convicción de una grave e inminente amenaza a los derechos colectivos discutidos.

El Ministerio de Protección Social, compartió los argumentos empleados por los demás impugnantes respecto de la falta de medios probatorios suficientes para decretar una medida cautelar.

La Procuraduría compartió así mismo los argumentos anteriores y, agregó, que la medida cautelar se tomó con base en informaciones y documentos que no reposan en el expediente ni fueron aportados por el accionante; dijo el Procurador que sin entrar a realizar juicios de valor respecto de si es o no conveniente la firma del TLC, sí señala como necesario, decretar medidas cautelares sólo con base en soportes probatorios obrantes en el proceso, que lleven razonablemente a la conclusión que existe una amenaza seria de vulneración de derechos colectivos.

Trámite ante la segunda instancia

Por ser procedentes, mediante auto de fecha 27 de abril de 200 fueron admitidos los recursos presentados y se ordenó correr traslado al demandante para que se pronunciara sobre los mismos. Dentro del término de ejecutoria de dicho auto, el demandante y coadyuvante presentaron recurso de reposición contra éste por no haber decretado pruebas y solicitando oficiar al Presidente de la República para que allegue al expediente el texto íntegro de lo acordado en la negociación del TLC con Estados Unidos.

El recurso presentado fue resuelto mediante auto de fecha 24 de mayo de 200, en el que se confirmó lo decidido en el auto admisorio de los recursos de apelación y se negó la práctica de pruebas.

De otra parte, el demandante presentó su posición sobre los recursos de apelación presentado

, argumentando que éstos no se ajustan a las causales de oposición de las medidas cautelares de que trata el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, que el Presidente de la República ni ninguna actuación del ejecutivo se encuentran excluidas del control de las acciones populares dado que el artículo 9º ibídem establece la procedencia de ésta frente a toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan amenazado o amenacen violar los derechos colectivos; que es una falacia afirmar que el control ejercido por la Corte Constitucional excluye el control de los jueces en el ejercicio de la acción popular, pues ésta es una acción principal autónoma de las demás; que es así mismo una falacia afirmar que la medida cautelar afecta más el interés público que la suscripción del TLC y, finalmente, que del conocimiento que se tiene del Tratado, por ser un hecho notorio, se evidencia que existe violación de los derechos relacionados con el acceso a medicamentos por parte de toda la población dado que el gobierno nacional hizo concesiones más allá de lo estipulado por la Organización Mundial del Comercio y contra la normatividad andina vigente; hubo violación de los derechos colectivos relacionados con la seguridad alimentaria, el empleo agrario, el derecho de los consumidores, la libre competencia económica y el patrimonio genético de la Nación, por las razones ya esgrimidas en la demanda.

Finalmente, el actor manifestó su inconformidad con un concepto presentado ante esta instancia por el apoderado de la Presidencia de la República y que viene suscrito por abogados constitucionalistas, pues considera que éstos no explicitan en qué calidad actúan y porque a su juicio no aportan nada nuevo a los argumentos que la parte demandada ya había alegado.

A este respecto observa la Sala, que durante el traslado corrido a la parte demandante para que se pronunciara sobre los recursos de apelación, la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el apoderado de la Presidencia de la República, presentaron sendos documentos en los que dicen reiterar, ratificar y complementar los argumentos presentados al momento de incoar los recursos de reposición y subsidiario de apelación. Se observa igualmente, que el apoderado de la Presidencia, presentó un memorial en el que manifiesta allegar al trámite de la impugnación, el concepto rendido por los doctores Humberto de la Calle Lombana, Hernando Herrera Vergara y Carlos Medellín Becerra en relación con el asunto de la referencia. De manera adicional, el señor EFRAIN OLARTE OLARTE, quien dice ser Veedor Ciudadano, presenta un memorial en el que manifiesta que transcribe apartes de un artículo del TLC que trata el tema de propiedad intelectual sobre seres vivos.

Pues bien, atendiendo a que tales documentos fueron presentados por fuera de la oportunidad legal concedida a los recurrentes para presentar sus alegaciones y a que los recursos de apelación venían debidamente sustentados, la Sala no tendrá en cuenta los precitados memoriales ni el

concepto presentado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestiones Previas

Resolución de un impedimento:

Encontrándose el proceso para adoptar la decisión que en derecho corresponde, el Magistrado Fredy Ibarra Martínez puso en conocimiento de la Sala que mediante providencia del 9 de agosto de 200, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la que él formó parte, profirió sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda, dentro de la acción popular tramitada bajo el número de radicación 2003-01856-01, demandante Héctor Alfredo Suárez Mejía y otro, en la que se invocó la amenaza de derechos colectivos supuestamente ocasionada por las negociaciones adelantadas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, junto con otros organismos, del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica “TLC” y del Tratado del Área de Libre Comercio - “ALCA”.

Por lo anterior, presentó impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en el numeral 2 del artículo 160 del C.C.A., esto es, haber conceptuado sobre el acto que se acus, pues participó en la adopción de la decisión anteriormente mencionada.

A este respecto, la Sala no acepta el impedimento presentado por el precitado magistrado, por las razones que pasan a exponerse:

Analizada la providencia citada como determinante del impedimento, se observa que si bien dentro del proceso en el que se profirió ésta, se estudiaron, entre otras, las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, que es el asunto objeto del presente caso, dicho estudio se hizo frente a los derechos colectivos a la libre competencia económica, seguridad y salubridad públicas, defensa del patrimonio cultural de la Nación, existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en zonas fronterizas, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente y del patrimonio ecológico, que fueron los invocados por la parte actora en dicho proceso. Se observa así mismo, que en dicha providencia no se hizo pronunciamiento alguno por la posible amenaza o violación del derecho a la moralidad administrativa, que es el que se invoca en el caso objeto de la presente providencia, tratándose entonces de derechos colectivos diferentes y, por ende, de objetos distintos.

Adicional a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que las causales de impedimento son taxativa y, en consecuencia, lo establecido en la causal de que trata el numeral 2 del artículo 160 del C.C.A., es haber conceptuado sobre el acto que se acusa, lo cual, debe entenderse dentro del marco de actuación administrativa, en tanto que lo que tiende a evitar es que ex - funcionarios o abogados que posteriormente pasan a formar parte de la jurisdicción contenciosa, puedan tener conocimiento de asuntos sobre los cuales emitieron su criterio antes de ser juece

. Tal situación, es distinta a la adelantada por el Dr. Ibarra Martínez, cuya actuación se dio dentro del marco de su función jurisdiccional, en la que puede ser posible conocer de un mismo acto, aunque por diferentes razones o finalidades.

Finalmente, debe decirse así mismo, que la causal invocada no es absoluta, en tanto que para su configuración, no basta que el juez se haya pronunciado anteriormente sobre el acto que se acusa o sobre el contrato objeto del litigio, como lo señala la norma, sino que, se requiere que el concepto o pronunciamiento emitido contenga identidad material o conceptual con el caso en el que se ha de declarar el impedimento. En este sentido y según se ha dicho por la Corporación, el conocimiento que inhabilita legalmente al juez para un pronunciamiento dentro del proceso está referido a la manifestación anterior de un criterio concreto sobre el asunto o sobre la solución de lo que es materia del debate

Por lo anterior, considera la Sala que el Dr. Ibarra no se encuentra incurso en causal de impedimento alguna.

Posible cosa juzgada.

Ahora bien, el conocimiento que tuvo la Sala de la providencia enunciada en el acápite anterior, plantea la posibilidad de que haya operado el principio de la cosa juzgada en el asunto objeto de la presente acción, toda vez que dicha sentencia se encuentra ejecutoriada y versó sobre la violación de derechos colectivos por parte del Estado Colombiano en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica “TLC” y del Tratado del Área de Libre Comercio - “ALCA”. Procede entonces dilucidar este aspecto.

Según se ha dicho por la Sala, la cosa juzgada es un efecto especial que la ley le asigna a algunas sentencias en virtud del poder de jurisdicción del Estado, en donde la sentencia ejecutoriada proferida en un proceso contencioso tiene carácter de inmutable y definitiva, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (C.P.C. art. 332).

No obstante, ha dicho igualmente la Sala que tratándose de **acciones populares**, teniendo en cuenta que lo decidido en la sentencia produce efectos “generales”, la cosa juzgada reviste especiales lineamientos, en primer lugar, porque **no requiere que se presente identidad absoluta de las partes**, dado que en éstos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coincide. En segundo término, que los efectos de la cosa juzgada dependerán de lo decidido en la sentencia, pues si ésta accede a las pretensiones de la demanda, producirá efectos de cosa juzgada erga omnes; mientras que, si se trata de una sentencia desestimatoria de tales pretensiones, producirá efectos de cosa juzgada erga omnes **pero sólo en relación con la causa petendi** Y, en tercero y último lugar, porque la configuración de la cosa juzgada requiere también que el nuevo proceso **verse sobre el mismo objeto** que, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, “consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia, por lo tanto, es menester analizar, además de la identidad en la causa petendi, si existe identidad en el objeto.

En el presente caso, considera la Sala que tal y como se observó al resolver el impedimento anterior, los derechos colectivos analizados en la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 9 de agosto de 200, no incluían el de la moralidad administrativa, que es el invocado por el actor dentro del presente proceso, por lo que éste entonces no versa sobre el mismo objeto que el que se adelantó por el Tribunal, por lo cual, en consecuencia, no opera en el presente caso la figura procesal de la cosa juzgada.

Consideraciones de la Sala sobre el Caso Concreto

Al asumir el examen del caso presentado y atendiendo al volumen de disposiciones que regulan la materia, la Sala, antes de cualquier otro análisis, considera necesario realizar un estudio sobre la potestad del juez popular para abordar el presente caso. Así, con el fin de establecer el alcance de la competencia del juez popular para conocer de la acción puesta a su consideración, estudiará la Sala el caso en controversia a partir de los siguientes temas: (i) El artículo 9 de la Constitución y el Derecho de los Tratados; (ii) El trámite que debe surtir el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica en el derecho interno (iii) Conclusiones y decisión sobre el caso concreto.

El artículo 9 de la Constitución y el derecho de los tratados

De conformidad con el artículo 9º de la Constitución Política de 1991, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional. Este precepto, para efectos del caso que ocupa la atención de la Sala, constituye un reenvío explícito a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 32 de 198. En palabras de la Corte Constitucional:

“...(...)... resulta primordial señalar, para efectos del asunto bajo examen, lo dispuesto en el artículo 9º. Superior, según el cual las relaciones exteriores del Estado se basan e'en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia'. Esta máxima fundamental - consagrada así por el Constituyente- significa ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados públicos ya sean éstos bilaterales o multilaterales, o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado ha adherido -en particular, la Organización de las Naciones Unidas ONU, sino también a aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados. En cuanto a este último punto, valga anotar que, conforme a lo dicho por Kelsen, el derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas por actos repetitivos entre los Estados, cuya obligatoriedad y aplicabilidad se determina según el ordenamiento interno y las decisiones que adopten los órganos competentes de cada Estado. La elaboración de dichas normas obedece, entonces, a la presencia de actos usuales y repetitivos a lo largo del tiempo, a través de los cuales los sujetos de derecho internacional público aceptan conscientemente su fuerza jurídica y, por tanto, su obligatoriedad y efectividad general (Cfr. KELSEN Hans. TEORIA PURA DEL DERECHO. Editorial Porrúa, Mexico, 1991. Pág. 326)...

“De esta manera, los principios de derecho internacional aceptados por Colombia revisten un importante contenido axiológico ante la necesidad de adaptar las relaciones entre los Estados a las tendencias del mundo contemporáneo; a su vez, constituyen un elemento orientador de las relaciones exteriores colombianas. Sin embargo, su alcance no se reduce a este punto sino que, en virtud de su reconocimiento expreso en el artículo 9º, cobran fuerza normativa en términos constitucionales

Dicha Convención está estructurada a partir de uno de los principios cardinales del Derecho Internacional: *pacta sunt servanda*, máxima de seguridad jurídica, justicia y moralidad internacionales prevista expresamente como encabezamiento de la Sección Primera de la Parte Tercera de la Convención en cita en el artículo 26, donde se señala que todo tratado en vigor, y dicha convención lo es dado que establece - a la manera de las normas orgánicas en el nivel interno respecto de las leyes - la forma como se celebran y aprueban los demás tratados internacionales, obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Para el caso objeto

de estudio de la Sala significa, como se verá a continuación, que en las fases de celebración, firma y aprobación de todo tratado debe estarse a lo allí previsto.

Por otra parte, el principio *pacta sunt servanda* (los acuerdos son para cumplirse) hace parte del *ius cogens* (art. 53 *iusdem*) y, por lo mismo, es aceptado por la comunidad internacional como norma imperativa del Derecho Internacional, sin que admita acuerdo en contrario o, lo que es igual, sólo puede ser modificada por una disposición ulterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter.

En otras palabras, el acto jurídico de prestación del consentimiento, en la materia objeto de estudio por parte de la Sala, está definido por la Convención de Viena, de ahí que el esquema de celebración del mismo, esto es, la manifestación del consentimiento por parte del Estado Colombiano, está consignado en dicha Convención y debe ser celosamente aplicado según los términos del artículo 9 superior, como también lo estará el hecho jurídico de su entrada en vigor.

En efecto, el sistema de concertación y entrada en vigencia del tratado de libre comercio, como se analizará en el siguiente apartado de esta providencia, está sujeto a un régimen prefigurado en dicha Convención, en consonancia con la normativa interna nacional, de orden constitucional.

Ahora bien, como el actor cuestiona el proceso de celebración del TLC, es menester recordar como consecuencia de lo ya dicho, que la expresión del consentimiento de un Estado debe hacerse con estricta sujeción al procedimiento indicado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Dos niveles de órdenes rigen el Derecho de los Tratados en Colombia: las reglas del derecho interno de nivel constitucional (preámbulo, artículos 100, 101, 150.16, 164, 189.2, 224 a 227 y 241.10) y los principios del Derecho Internacional (art. 9 *ibid.*) en relación con el Derecho de los Tratados aceptado por Colombia y previstos en las dos conferencias llevadas a cabo en Viena en 1969, los cuales abarcan tres fases bien delimitadas: la negociación, la firma y la ratificación, propias de la conclusión del Tratado en sentido formal.

En cuanto hace a la negociación, etapa en la cual se encuentra la actuación objeto de controversia en sede de acción popular, el numeral 2º del artículo 189 de la Carta asigna, de manera privativa al Presidente de la República esta atribución, en perfecta simetría con lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención de Viena que señala quiénes pueden negociar un tratado. Este campo de la negociación comprende asimismo tanto la redacción del cuerpo del tratado, como sus anexos. Por su parte, la firma, del resorte también exclusivo del Gobierno Nacional, configura el instrumento de manifestación del consentimiento del Estado.

Por otra parte, de conformidad con los principios de Derecho Internacional aceptados por Colombia (artículo 1 B y 14.1 C de la Convención de Viena), para que se comprometa definitivamente un Estado, es preciso un nuevo examen del cuerpo del Tratado por los órganos internos competentes. En otros términos, la ratificación supone que los efectos jurídicos de ese acuerdo de voluntades sólo tienen lugar previo el cumplimiento de tal requisito (artículo 150.16 C.P.).

En otros términos, si la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 es un Tratado y si, adicionalmente, reviste una suerte de carácter 'normativo' del Derecho de los Tratados Internacionales o, si se quiere, "tratado de los tratados en tanto la celebración, suscripción, aprobación, ejecución e interpretación de los tratados internacionales se encuentran sujetos a lo allí previsto, el asunto sometido a estudio de la Sala debe sujetarse estrictamente a lo que en ella

se consigne.

En efecto, la segunda parte de la Convención de Viena se ocupa de regular la celebración y entrada en vigor de los Tratados en asuntos tan fundamentales como la capacidad (artículos 6 a 8), adopción del texto y forma de manifestación del consentimiento (arts. 11 a 13), la forma de ratificación, aceptación o aprobación (arts. 14 y 15), el canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 16). A su vez, la Sección Segunda del citado Tratado Internacional consigna lo relativo a la formulación de reservas (arts. 19 a 23), la entrada en vigor (art. 24). Y ese procedimiento debe surtirse con sujeción a lo allí señalado, en consonancia con la normativa constitucional nacional.

En cuanto al alcance del artículo 9 de la Constitución, la Corte Constitucional no sólo reivindica su importancia capital en el manejo de las relaciones internacionales de la Nación, sino que subraya la separación de funciones, que impide la asignación de competencias por parte de autoridades distintas a las constitucionalmente previstas en materia de celebración, aprobación y revisión judicial de tratados internacionales, como habrá de verse posteriormente:

“De igual forma, resulta primordial señalar, para efectos del asunto bajo examen, lo dispuesto en el artículo 9º. superior, según el cual las relaciones exteriores del Estado se basan “en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Esta máxima fundamental -consagrada así por el Constituyente- significa ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados públicos ya sean éstos bilaterales o multilaterales, o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado ha adherido -en particular, la Organización de las Naciones Unidas, ONU-, sino también a aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados.

... (...)...

“Como puede apreciarse, fue voluntad expresa del Constituyente el que Colombia se abriera a las nuevas tendencias del derecho internacional, donde los Estados no pueden seguir actuando de manera aislada y autárquica, sino que tienen que ejecutar sus actividades dentro de un criterio de cooperación, integración y acuerdos mutuos respecto de prácticamente todos los asuntos de su devenir. Con tales propósitos, y atendiendo la tradición constitucional existente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la Carta Política de 1991 reiteró la atribución del presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado, de dirigir las relaciones internacionales, para lo cual podrá ‘celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso’ (Art. 189-2 C.P.). Dichos tratados, junto con su ley aprobatoria -cabe recordarlo-, deberán ser también revisados por la Corte Constitucional (Art. 241-10), con el fin de definir su exequibilidad de acuerdo con los parámetros dispuestos en la Carta Política.

“Debe agregarse que al Presidente de la República se le asigna una función que resulta permanente y continua en materia de relaciones exteriores, toda vez que es el director de las mismas. No sólo nombra a los agentes diplomáticos y consulares que lo representan y lo mantienen informado de las actividades que se desarrollan en otros países, y que de alguna manera afectan los intereses de Colombia, sino que es el primer responsable ante la comunidad internacional, toda vez que en la celebración de cualquier tratado o convenio él es el encargado, en primera instancia, de comprometer al Estado colombiano. Por ello, la Convención de Viena de 1969 (aprobada por Colombia a través de la Ley 32 de 1985) más conocida como “Tratado de

los Tratados”, dispone en su artículo 7.2. que el poder de manifestar el consentimiento radica en quienes tengan los plenos poderes, que los tienen de pleno de derecho “en virtud de sus funciones”, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de Relaciones Exteriores.

“...(...)...”

“Sin embargo, cabe reiterar que la aplicación del tratado internacional al derecho colombiano, supone, en principio, un acto complejo en el que participan el Congreso de la República y la Corte Constitucional, como representantes de las otras ramas del poder público. Una vez concluido este procedimiento, el gobierno Nacional ratificará el tratado o, en caso de asuntos multilaterales, podrá igualmente confirmar formalmente la voluntad de adhesión; en uno u otro evento, posteriormente se procederá a perfeccionar el tratado y, por tanto, a obligarse ante las partes, según los (sic) formalidades que se hubiesen señalado en el correspondiente instrumento internacional. Lo anterior se debe a que el procedimiento dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico prevé que el ejecutivo está provisto de lo que se denomina 'treaty making power'. Nótese, entonces, que la negociación y la celebración, así como la ratificación (y posterior perfeccionamiento), se constituyen en actos soberanos y discrecionales del presidente de la República en su calidad de jefe de Estado y de director de las relaciones internacionales, pudiendo inclusive, en el caso de la ratificación, abstenerse de hacerlo, así el instrumento internacional (sic) y hubiese sido aprobado por el Congreso y revisado por esta Corporación.

“Una vez perfeccionado, el tratado internacional establece, por definición, una regla de conducta obligatoria para los Estados signatarios. Se trata de la aplicación del principio pacta sunt servanda, el cual representa una máxima de seguridad, de justicia y de moral internacionales (... (subrayas de la Sala)

Establecida la importancia que para el estudio del asunto sub examen reviste el artículo 9 Constitucional, en tanto consigna la admisión en el Derecho Interno, entre otros principios de derecho internacional, el de pacta sunt servanda, pasa en consecuencia la Sala a reseñar el trámite que debe surtir para llegar a convertirse en Tratado Internacional, para lo cual se referirán no sólo las normas nacionales sino también lo consignado por la Convención de Viena, como “tratado de los tratados” que debe ser rigurosamente observado por Colombia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención, citada en consonancia con el artículo 9 de nuestra Carta Política.

El trámite que debe surtir el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica en el Derecho colombiano.

Según se anotó, el consentimiento del Estado Colombiano de formar parte o de aprobar el tratado internacional con los Estados Unidos de Norteamérica, debe pasar por las siguientes etapas:

Negociación, entendida ésta como aquella etapa en la cual las partes presentan sus intereses y formulan sus propuestas, a fin de que de ésta se obtenga el texto definitivo que ha de ser el objeto del tratado; “Negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo.

Tal negociación, en nuestro Estado, se encuentra en cabeza del Presidente de la República como encargado de la dirección de las relaciones internacionales y de la celebración con otros Estados y entidades de Derecho Internacional de tratados o convenios, dirección ésta que la ejerce con carácter exclusivo y sin que se admitan injerencias en la misma, aunque no obstante, es posible que el tratado se suscriba por otros representantes del Estado acreditados ante la comunidad

internacional o el otorgamiento de plenos poderes para esta función. A este respecto, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en los siguientes términos

“Como lo establece el artículo 7 de la mencionada Convención de Viena de 1969, la representación de un Estado por parte de una persona para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. si presenta adecuados plenos poderes (CV art. 7.1 a); 2. si se deduce de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, que es su intención considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos, y prescindir de la presentación de plenos poderes (CV art. 7.1 b); o 3. si se deduce de las funciones de la persona como el jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de relaciones exteriores (CV art. 7.2 a).

“Por otra parte, la representación de un Estado por parte de una persona natural es válida para negociar y adoptar el texto de un tratado: a) si dicha persona se encuentra acreditada como jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar o (CV 7.2 b); b) si dicha persona está acreditada como representante del Estado ante una conferencia, organización internacional o ante uno de los órganos de ésta (CV art. 7.2 c).

“Constatada la ocurrencia de alguna de las anteriores circunstancias, debe entonces considerarse cumplido el requisito de verificar las facultades del representante del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado como el presente.

Y a propósito de este tema, ha dicho la Corte Constitucional que:

De conformidad con lo dicho, se refrenda el principio constitucional de que la dirección de las relaciones internacionales, la iniciativa para celebrar tratados y convenios, y para determinar y asegurar el modo y las condiciones para su cumplimiento, es cuestión que compete privativamente al Presidente de la República (arts. 150-16 y 189-2). **Por consiguiente, no le es permitido a esta Corte, sin que invada el ámbito de las atribuciones presidenciales en la materia,** declarar presuntos incumplimientos por el Gobierno a tratados o convenios internacionales vigentes, ni mucho menos indicarle la conducta que deba observar en tales circunstancias. La Corporación, a lo sumo, podría señalar, a título de hipótesis mas no de decisión vinculante, las contradicciones que puedan existir entre las normas de un tratado o convenio a cuyo cumplimiento está obligado el Estado colombiano con otro u otros Estados, y las disposiciones de un nuevo tratado o convenio que el Ejecutivo pretenda ratificar o al cual desee adherir, para que el Gobierno actúe, según su criterio y en la órbita de sus atribuciones; a él corresponde determinar si las disposiciones de un nuevo tratado comportan el incumplimiento de otro u otros tratados y adoptar la determinación de ratificar o adherir a éste con reservas, o de denunciar los acuerdos anteriores. (Subrayado y resaltado en negrilla, son la Sala)

Adopción del texto, el cual se efectúa por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración o por la mayoría de los dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que estos Estados definan por igual una regla diferente, no obstante, esta etapa no implica manifestación alguna de aceptación del tratado.

Autenticación del texto, que consiste en el establecimiento del texto definitivo del tratado, lo cual se hace mediante el procedimiento que se adopte en el mismo tratado, el que convengan los Estados participantes en su elaboración o mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica que se plasme por parte de los representantes de los Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto

Consentimiento en el tratado: Consiste esta etapa, en la manifestación de la voluntad de un Estado de obligarse por el tratado. De acuerdo con la Convención de Viena (Viena I, dicho consentimiento podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. Para el caso colombiano, la expresión de ese consentimiento debe estar precedida de la observancia de unos requisitos internos establecidos por la propia Carta Política.

Así, el artículo 221 de la Constitución prevé que los tratados **para su validez**, deberán ser aprobados por el Congreso, asunto éste que debe cumplirse mediante el trámite de una ley (artículo 150 - 16). Lo anterior implica que una vez el Gobierno Nacional ha sometido el tratado a la aprobación del Congreso de la República, el trámite del mismo debe darse de la siguiente manera:

“3- El proyecto de Ley Aprobatoria de un Tratado debe comenzar por el Senado por tratarse de un asunto referido a las relaciones internacionales (inciso final artículo 154 CP). Luego sigue el mismo trámite y debe reunir los mismos requisitos de cualquier proyecto de ley ordinaria señalados por los artículos 157, 158 y 160 de la Constitución, a saber, (i) ser publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; (ii) surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarias de las Cámaras luego de que se hayan efectuado las ponencias respectivas y respetando los quórum previstos por los artículos 145 y 146 de la Constitución; (iii) observar los términos para los debates previstos por el artículo 160 de ocho (8) días entre el primer y segundo debate en cada Cámara, y quince (15) entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra; y (iv) haber obtenido la sanción gubernamental.

Debe decirse, adicionalmente, que el artículo 157 de la Carta establece que ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva; si no fue aprobado en primer debate en la correspondiente Comisión permanente de cada Cámara; sin haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate y sin haber obtenido la sanción del Gobierno. Sobre la razón de ser del control legislativo de los tratados internacionales, ha dicho la Corte Constitucional:

“La facultad concedida al Congreso tiene una razón de ser evidente: la importancia de los tratados internacionales, y su relación con la soberanía, la seguridad y la existencia de la nación, exigen que en sus trámites se manifieste la voluntad de ésta última representada en el Congreso. Tales asuntos mal podrían dejarse a la voluntad de una sola persona. Al respecto afirmaba el expresidente José Vicente Concha, en sus 'Apuntamientos de Derecho Constitucional':

“Es, pues, indiscutible que de esa parte de la acción diplomática (nombrar y recibir agentes diplomáticos, discutir y preparar tratados, etc.) se debe encargar al poder ejecutivo; pero como los pactos internacionales, los tratados de paz, de límites, de comercio y navegación, los arreglos y convenciones pecuniarias o referentes al derecho internacional privado, suelen tocar los mayores intereses de una nación: su territorio, su honor, es evidente que si el legislador interviene en cuestiones de menor monta referentes al orden interior del país, que no alcanzan la trascendencia de los pactos internacionales, cuando se trate de estos últimos, hay mayores motivos que exigen en ellos la sanción legislativa. No se comprendería que negociaciones de consecuencias irreparables para la Nación quedaran sometidas al criterio de un solo hombre, y que se prive a ésta del derecho de intervenir en aquellas.' (Cfr. Roma, 1927, Scuola Tip. Salesiana- vía Marsala, 42) (El paréntesis no es del texto)”

Ahora bien, una vez realizado el trámite legislativo y aprobado el tratado mediante Ley de la República, es obligación del Gobierno remitirlo a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley, para que ésta, por virtud del artículo 241-10 de la Carta, decida **definitivamente** sobre su exequibilidad y la de la ley que lo aprueba. A este respecto señala la norma citada:

“**ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

“...(...)...”

“10. **Decidir definitivamente** sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. **Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas;** en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.” (El resaltado en negrilla es de la Sala)

Este control resulta novedoso en el ordenamiento colombiano, a partir de la Constitución de 1991, en tanto ninguna de las Constituciones que le precedieron preveían el control de los Tratados Internacionales por el poder jurisdiccional. No obstante, ello no impidió que durante el período comprendido entre 1914 y 1991, las posiciones de la Corte Suprema de Justicia, como encargada del control constitucional, sobre su competencia para conocer de los Tratados Internacionales, fluctuara entre la absoluta incompetencia, hasta la competencia para conocer de los Tratados por vicios de forma, discusión ésta que fue rebasada en la Constitución de 1991, en donde expresamente, en el numeral 10 del artículo 241, el constituyente confirió la facultad a la Corte Constitucional para el conocimiento de los Tratados Internacionales, tanto por vicios de forma como por vicios de fondo, sólo que dicho control, tiene lugar en forma posterior a la suscripción del Tratado y a la expedición de la ley que lo aprueba, pero anterior a la ratificación por parte del Gobierno ante la comunidad internacional.

Debe observarse que en su mayoría los controles de constitucionalidad establecidos en la Carta para los actos jurídicos que así lo requieren, son posteriores a su configuración y sólo de manera excepcional, la misma Carta prevé controles previos, tal y como acontece en el caso de leyes estatutarias y precisamente de Tratados Internacionales, pero, se insiste en este caso, en que tal control sólo tendrá lugar una vez haya sido aprobada la Ley que acoja el tratado, garantizando así la autonomía del Presidente para la negociación del mismo y del Congreso de la República para el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, la revisión que la Corte Constitucional haga respecto del texto del Tratado, constituirá un control previo al mismo, en la medida en que se realizará antes de su ratificación; será un control automático, dado que para que dicho control se verifique no se requiere de demanda, sino que, la Corte aprehende el conocimiento directament; y deberá ser un control integral, en tanto según lo establece la Constitución, el estudio de constitucionalidad de este tipo de disposiciones debe incluir tanto el texto del Tratado como el de su ley aprobatoria y debe realizarse la verificación del cumplimiento jurídico del Tratado con la totalidad del ordenamiento

constitucional, tanto en la forma como en el fondo, según lo ha establecido la misma Corte:

"Se advierte que en este tipo de juicios de carácter preventivo y abstracto que se adelantan en este estrado judicial, y en los que se examina en su conjunto la constitucionalidad de disposiciones jurídicas que tienen la naturaleza de los tratados internacionales, la Corte no se ocupa de examinar específicas situaciones de hecho signadas por elementos como los de utilidad, la efectividad o la eficiencia de las actuaciones de las autoridades públicas; tampoco se ocupa la Corte de adelantar evaluaciones de oportunidad práctica ni de conveniencia política, pues éstos elementos extra normativos deben ser analizados por el jefe del Estado y por el Congreso en su oportunidad, según los términos de la Constitución Nacional.

"Corresponde a esta actuación de control judicial de la constitucionalidad de las leyes el examen de aquellas especiales disposiciones jurídicas que se originan en actuaciones internacionales de los Estados y de los organismos de derecho internacional público, frente a la totalidad de los textos de la Carta Política nacional con criterios eminentemente jurídicos..." (El resaltado en negrilla es de la Sala)

Esta posición fue posteriormente ratificada por la misma Corte Constitucional, en los siguientes términos:

"El examen de fondo que le corresponde efectuar a la Corte Constitucional, **consiste en comparar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa, con la totalidad de las disposiciones constitucionales para determinar si las primeras se ajustan a ésta, independientemente de consideraciones de conveniencia, oportunidad, efectividad, utilidad o eficiencia las cuales son ajenas a la competencia de esta Corporación.**

"...(...)"

"El control constitucionalidad (sic) que se ejerce sobre un determinado tratado internacional y su ley aprobatoria es previo a su ratificación, automático, integral y definitivo, en el sentido de que ningún ciudadano puede demandar con posterioridad, mediante una acción pública de inconstitucionalidad, el contenido de una disposición que figure en un instrumento internacional que haya sido declarada (sic) exequible por la Corte..."

En consecuencia, el fallo que la Corte pronuncie sobre la exequibilidad o inexecuibilidad del Tratado hará tránsito a cosa juzgada absoluta, que entendida en los términos de la misma Corte, debe interpretarse en la siguiente forma

"3. Ahora bien, en cuanto al segundo argumento presentado por los recurrentes, advierte esta Corporación que de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional los conceptos de (1) 'cosa juzgada absoluta' y (2) 'cosa juzgada relativa' deben ser entendidos en los siguientes términos:

'La primera [cosa juzgada absoluta] opera plenamente, precluyendo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido examinadas, si en la providencia no se indica lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión. Por el contrario, la segunda [cosa juzgada relativa], admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado. Sobre esta última posibilidad, la sentencia C-004 de 1993,

explicó que la cosa juzgada relativa opera en dos tipos de situaciones:

'a) cuando el estudio de exequibilidad de una norma se ha hecho desde el punto de vista formal, pues en el futuro pueden existir nuevos cargos por razones de fondo, respecto de los cuales no ha existido un pronunciamiento de la Corte Constitucional; y

'b) cuando una norma se ha declarado exequible a la luz de un número limitado de artículos de la Constitución, y posteriormente es demandada por violar disposiciones de la Carta distintas a las estudiadas. Será procedente entonces una nueva demanda cuando la Corte misma, en el texto de la providencia, haya restringido los efectos de su decisión. En ese sentido se pronunció la Corte, en la sentencia C-037 de 1996 al interpretar el artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y puntualizó que 'mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta'. En resumen, existe una "presunción de control integral", en virtud de la cual habrá de entenderse, si la Corte no ha señalado lo contrario, que la adopción de una decisión ha sido precedida por un análisis de la disposición acusada frente a la totalidad del texto constitucional, y que, por lo mismo, la providencia se encuentra amparada por la cosa juzgada absoluta.

“Así pues, en virtud de la presunción del control integral de constitucionalidad, si la propia Corte no establece con toda claridad, bien en la parte resolutive de la sentencia o bien en la parte motiva, que la resolución es relativa a los cargos formulados dentro del proceso, debe suponerse que la sentencia tiene alcances de cosa juzgada absoluta.

Por contera, es fácil inferir que si el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución establece entonces que corresponde a la Corte **decidir definitivamente** sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los aprueben, la sentencia que se profiera en tal sentido hará tránsito a cosa juzgada absoluta.

De otra parte, este control garantiza así mismo la participación ciudadana, pues, el numeral 10 del artículo 241 de la Carta, ya citado, establece que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad, con lo cual, resulta evidente que dentro del trámite del proceso, quien así lo quiera, en uso de su derecho ciudadano, podrá intervenir exponiendo sus inquietudes sobre el Tratado y manifestar por qué considera que éste viola el ordenamiento constitucional.

Una vez surtido el trámite anterior y en el evento en que se llegue a declarar la constitucionalidad del Tratado y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional, quedará como potestad del Presidente la ratificación o no del mismo, ya sea de manera plena o con reservas, si es que el Congreso y/o la Corte Constitucional se manifiestan en este sentido, aspecto éste sobre el que la misma Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En el caso de Colombia el procedimiento establecido prevé la ratificación por parte del Gobierno Nacional, por ser el órgano estatal previsto del llamado 'treaty making power'. La ratificación es pues un acto soberano y discrecional del Presidente de la República como jefe del Estado y director de las relaciones internacionales. Puede inclusive darse el caso de que el Presidente de la República se abstenga de ratificar un tratado que haya sido aprobado por el Congreso Nacional; (Así ocurrió por ejemplo con el Concordato de 1.942 -el llamado concordato Echandía-Maglione-, el cual no obstante haber sido aprobado por el Congreso, mediante la Ley

50 de ese año, no fue ratificado por el gobierno y en consecuencia no entró en vigencia). El paso siguiente a la ratificación es el canje de instrumentos, o, en el caso de los tratados multinacionales, el depósito de la ratificación, el cual concluye con la firma del acta correspondiente, momento a partir del cual los Estados quedan jurídicamente obligados entre sí.

“Una vez perfeccionado, el tratado internacional establece, por definición, una regla de conducta obligatoria para los Estados signatarios; plasmada en el principio *pacta sunt servanda*, que es un principio de seguridad, de justicia y de moral internacionales. Este principio ha sido reconocido por toda la comunidad internacional contemporánea y consagrado, entre otros, en el preámbulo de la carta de las Naciones Unidas, de la cual es signataria Colombia en el artículo 17 de la Carta de la Organización de los Estado Americanos (OEA), y desde luego, -y sobre todo-, por la Convención De Viena de 1.969, más conocida como 'Tratado de los tratados', aprobada por Colombia a través de la Ley 32 de 1.985.

“El artículo 26 de la Convención de Viena que fue codificado y aceptado por la unanimidad de los estados signatarios, dispone: 'Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe'. De esta manera establece la Convención el principio de la buena fe para la ejecución de los tratados, por parte de los estados que se comprometen a través de ellos. El deber de cumplir las obligaciones de buena fe está, además enunciado en el artículo 2o., parágrafo 2o. de la Carta de la ONU”.

Y, de manera posterior manifest:

“Un tratado, aunque haya sido encontrado exequible por la Corte Constitucional, puede no ser ratificado por el Presidente, por considerar que, no obstante su sujeción ya definida a los mandatos constitucionales, es inconveniente para los intereses actuales del país, inoportuno o inútil; o que, por compromisos internacionales ya contraídos por Colombia con otros Estados o entidades de Derecho Internacional, no cabe perfeccionarlo por ser contrario a ellos o por obstaculizar o dificultar el conjunto de las relaciones internacionales. Y ello porque la sentencia de constitucionalidad autoriza al Jefe del Estado a formalizar internacionalmente el tratado pero no lo obliga a hacerlo. Es del resorte presidencial la decisión respectiva, la cual supone la evaluación, entre otros aspectos, de la compatibilidad entre los distintos compromisos internacionales. ... (subrayas del texto).

“... (...)...”

Establecido lo anterior, pasa la Sala a definir el asunto objeto de controversia.

Conclusiones y decisión sobre el caso concreto

De lo expuesto, considera la Sala que si bien formalmente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para la protección del derecho colectivo invocado por el actor, ocurre que en la medida en que sus acusaciones van dirigidas a discutir la constitucionalidad del Tratado, no resulta materialmente posible su revisión a través de la acción popular. Muy por el contrario, ante la abundante y clara normatividad que regula la materia y que ha sido estudiada en esta providencia, considera la Sala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer del asunto que ha sido propuesto por el actor, que, como ya se indicó, radica en un verdadero análisis de constitucionalidad del que podría llegar a constituirse en un Tratado. Pasa la Sala a sustentar sus conclusiones.

Sea lo primero indicar que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica

aún se encuentra en etapa de negociación, lo cual, según lo visto en el numeral 2 de éste acápite, implica que esta etapa corresponde a la potestad exclusiva del Presidente de la República y, en consecuencia, ello determina la falta de competencia del juez popular, pues no puede indicarle en qué términos debe negociar el Tratado.

En segundo lugar, debe indicarse que la causa petendi del actor se dirige a que se declare que el TLC crea un marco jurídico supranacional que desvirtúa el Estado de Derecho, modificando la Constitución; luego se solicita que se declare que adolece de objeto ilícito, para finalmente pedir que se ordene al Presidente que no lo suscriba. Subsidiariamente, solicita el actor que se ordene a los demandados incluir una cláusula en el Tratado, en virtud de la cual, siempre que haya incompatibilidad entre el Tratado y la Constitución Política de 1991 primará ésta, sin que ello implique para el país sanciones de carácter jurídico o económico.

Tales pretensiones, así plasmadas, no se dirigen a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como aparentemente lo presenta el actor, sino que, en realidad, constituyen el deseo de éste dirigido a que se declare la inconstitucionalidad del Tratado, lo cual implica que dicha causa petendi no corresponde a la de una acción popular sino a la de una acción de inconstitucionalidad, para la cual no es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según se afirmó.

Lo anterior se demuestra con el resto del contenido de la misma demanda, en donde el actor, en un aparte que denominó como **concepto de la violación de los derechos colectivos**, manifestó que el Tratado de Libre Comercio negociado por Colombia “desborda la esfera comercial involucrando derechos fundamentales y colectivos, modificando de facto la Constitución Política de 1991” y presentó como fundamentos jurídicos de su demanda, los siguientes:

El Tratado es contrario a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que adolece de objeto ilícito (violación del artículo 93 de la Constitución);

El Tratado viola el derecho de autodeterminación de los pueblos (art. 9º Const. Pol);

So pretexto de brindarle seguridad jurídica a los inversionistas norteamericanos, el Tratado establece un marco jurídico que contraría los fines esenciales del Estado e impide la realización del principio de democratización accionaria de las empresas públicas;

Al eliminar los requisitos de desempeño de la inversión extranjera, el Tratado viola el principio de la función social de la propiedad (arts. 334 Const. Pol);

El Tratado pone en situación de vulnerabilidad a los productores agrícolas colombianos, al desmontar la franja de precios sobre estos productos y no lograr que el gobierno de Estados Unidos limite las ayudas internas y subsidios a sus productores (violación del principio de distribución equitativa de oportunidades - art. 334 Const. Pol.);

El Tratado viola la Constitución al impedir que el Estado promueva el desarrollo y garantice el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes, lo que se manifiesta en que éste ha aceptado que de la celebración del Tratado quedarán perdedores, violando la obligación que tiene de intervenir en la economía para dar pleno empleo a los colombianos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al mejoramiento de la calidad de vida y los beneficios del desarrollo; Viola así mismo la Constitución, al imposibilitar el deber estatal de proteger a los trabajadores del campo, a la producción de alimentos y la

diversidad alimenticia (arts. 8, 64 y 65).

El TLC propende por un marco jurídico que pretende primar sobre la Constitución Política limitando la facultad del Estado de intervenir de manera directa en la economía a fin de eliminar las asimetrías estructurales de los productores nacionales frente a los estadounidenses, más ricos y desarrollados tecnológicamente y que, además, cuentan con millonarios subsidios (aproximadamente mil millones de dólares diarios) frente a los cuales el Estado colombiano no tiene capacidad fiscal para compensarlos.

Los negociadores violan la soberanía popular (art. 3 Const. Pol.), al decir que tienen una facultad ilimitada para negociar, puesto que éstos se encuentran limitados por la función pública, la defensa del interés nacional y los mandatos constitucionales;

La ampliación de la propiedad intelectual respecto de medicamentos, encarecerá y limitará el acceso efectivo de la población a éstos, lo cual viola la obligación estatal de proteger la salud (arts. 5 y 49 Const. Pol.);

La función pública de administrar justicia (art. 228 Const. Pol.) también se ve afectada porque se prevén mecanismos de solución de controversias como tribunales de arbitramento;

Al negarse Estados Unidos a considerar los permisos de entrada a su territorio, se niega la posibilidad a los colombianos de obtener visas de negocios y por ende, de exportar servicios de educación. Con la exclusión de las visas de estudio, se limita la reciprocidad en la transferencia de conocimientos de carácter científico y tecnológico (art. 226 Const. Pol.);

El TLC viola el artículo 64 de la Carta, al convertir las comunicaciones en una mercancía, le está impidiendo al gobierno colombiano promover el acceso progresivo a estos servicios, porque la competencia de las empresas colombianas con las empresas norteamericanas no está en igualdad de condiciones;

El TLC viola el preámbulo de la Constitución, debido a su descomunal asimetría; en caso de que llegue a tener vigencia, el trabajo de los colombianos sería reemplazado por trabajo realizado por ciudadanos de los Estados Unidos, lo cual aumentaría el desempleo y la convivencia entre los colombianos, no podría ser garantizada por ningún gobierno nacional

En cuanto al derecho a la educación, el TLC viola el artículo 67 de la Carta, pues pasa de ser un derecho a ser un servicio comercializable y de tener un carácter público a tener un carácter privado, lo que atenta contra la gratuidad de la educación; el Estado pierde la potestad de reglamentar la educación en materia de cobertura, universalidad, acceso, calidad y equidad;

El TLC viola la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales al llevar el derecho fundamental a la educación a una negociación comercial y convertirlo en comercializable.

El Tratado le impide al Estado la intervención en la economía para regular los servicios públicos y así garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes y la promoción del desarrollo, lo anterior incluye: reglamentación de tarifas, prestación directa por los municipios e incluso la potestad legislativa de fijar la cobertura, calidad, financiación etc.

Por último, concluye el actor diciendo que el marco jurídico supranacional que crea el Tratado de Libre Comercio que Colombia negocia con Estados Unidos, en aras de proteger la inversión

extranjera, redefine derechos, principios, valores y garantías, transgrediendo la soberanía popular y realizando una reforma constitucional de facto, a través de un equipo negociador que hace parte del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, sin ninguna representatividad popular.

Esta Sala ha establecido que el concepto de causa petendi ha sido entendido por la doctrin como “la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia”; y ha señalado que dichos motivos están contenidos en los hechos de la demanda, pues, son éstos los que dan origen a su interposición y a la formulación de las pretensione. En este mismo sentido, la Corte Constituciona–

ha manifestado que la causa petendi o causa de pedir, hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez y ha concluido que:

“...la causa petendi contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, constituido no sólo por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados sino, también, por el específico proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación. En suma, es posible afirmar que la causa petendi es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica.

Desde esta perspectiva, los motivos consignados en la demanda como fundamento de la acción popular que nos ocupa, se encaminan a sostener que las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica violan la Constitución; pero, ni en su componente fáctico, ni en el jurídico, se encuentran fundamentos reales que le den competencia al juez popular para adelantar esta acción, pues existe una manifiesta falta de causa petendi frente a derechos colectivos en la demanda, dado que de las pretensiones y de los hechos allí enunciados, no es posible extraer, razonablemente, ningún fundamento fáctico o jurídico relacionado con la amenaza o violación de tales derechos. En consecuencia, la demanda ha debido ser igualmente rechazada por este aspecto, pues, tal y como se observó en precedencia, la acción presentada materialmente no fue popular, sino claramente una acción de inconstitucionalidad.

Finalmente, según se vio, conforme al numeral 10 del artículo 241 de la Carta, la decisión sobre la exequibilidad del proyecto de Tratado que nos ocupa y de la ley que llegare a aprobarlo, es así mismo función que compete a la Corte Constitucional, para lo cual se prevé un trámite cuyo control jurídico se agota con el estudio por parte de dicha Corte. Si se atiende a que el análisis que esa Corporación haga del Tratado será integral, pues deberá comparar el contenido de éste y de la ley que lo acoja con la totalidad de las disposiciones de la Carta, es fácil inferir que dicho análisis incluirá el de los derechos colectivos. Adicionalmente, la decisión que allí se adopte, en virtud de la misma norma, tendrá carácter definitivo, por lo cual, el fallo producido gozará del principio de cosa juzgada absoluta.

A este respecto, considera la Sala que en el presente caso son igualmente aplicables las conclusiones a que se llegó en ocasión precedente por esta misma Sala, al referirse a la improcedencia de la acción popular para controvertir leyes de la República En ese momento se estableció que el principio de presunción de constitucionalidad de que gozan las disposiciones con fuerza material de ley, asociado al principio de certeza del derecho, suponen el acatamiento de las leyes por todos los asociados, incluidos los jueces. Según se indicó, tal presunción de constitucionalidad sólo puede ser desvirtuada por el juez constitucional, en ejercicio de sus competencias como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución (Art. 241 de la

Constitución Política) o por el Consejo de Estado dentro de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional (Art. 237-2 de la Constitución) o, excepcionalmente, en la acción popular, cuando para proteger un derecho se imponga la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (Art. 4º *ibídem*-. En este sentido, la Sala expresó:

“Una conclusión se sigue de lo anterior, las decisiones que el Tribunal Constitucional adopta en ejercicio del control abstracto de leyes en sentido formal tienen efectos obligatorios y fuerza vinculante derivados de la autoridad de cosa juzgada (art. 243 C.P.), rasgo propio de un modelo de control constitucional concentrado del cual Colombia es pionera en el mundo -como que de vieja data esa tarea era encomendada a nuestra Corte Suprema de Justicia cuando fungía como juez constitucional (Acto legislativo No. 3 de 1910)- y que es común a todos los países que, años después, optaron por el modelo austriaco de control de constitucionalidad, que busca justamente brindar seguridad jurídica

—

“Expresado en otras palabras, la constitucionalidad o no de un precepto legal sólo es posible controvertirse mediante los cauces constitucionales creados al efecto que no son otros que los propios del control constitucional asignado a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, únicos encargados -pues- del enjuiciamiento de las leyes y normas con fuerza de ley (arts. 241 y 237.2 C.P.). Si ello no fuera así, todas las autoridades oficiarían de 'legisladores negativos' para usar las conocidas expresiones de Kelsen, lo cual desembocaría sin duda en la anarquía constitucional pues cada uno podría pretender ser el 'destructor de la ley' en términos de De Ott.

“En tal virtud, una vez en firme la providencia que pone fin al juicio de constitucionalidad ésta adquiere fuerza vinculante para todos. Por consiguiente, todas las autoridades y tribunales quedan -a fortiori- vinculados por la sentencia, o lo que es igual, sus decisiones se imponen a los poderes públicos dada su eficacia general derivada de los efectos erga omnes de la cosa juzgada constitucional, como lo señala la doctrina foránea al revisar el tema:

“...fuerza de ley y fuerza vinculante en Alemania, fuerza obligatoria en Portugal, efectos erga omnes en Austria. Sin embargo a pesar de esta heterogeneidad formal, los efectos generales de las sentencias constitucionales y los problemas que plantean son bastante homogéneos desde un punto de vista material. En última instancia ello se debe a que todos los países analizados han adoptado el modelo europeo de control de constitucionalidad y con él, sus notas de concentración y efectos erga omnes.

Por lo que se refiere al efecto de cosa juzgada, en los diversos países se admite pacíficamente su dimensión formal, es decir, la imposibilidad de recurrir las sentencias constitucionales. Su firmeza es una consecuencia lógica de la concentración del control de constitucionalidad y de la posición de los Tribunales Constitucionales en el entramado institucional de cada país (...)

Las restantes categorías utilizadas en los diversos países para definir los efectos generales de las sentencias (fuerza vinculante, fuerza obligatoria, etc.) hacen referencia a su carácter vinculante frente a todos los “ciudadanos y poderes públicos (...)

“...(...)...

“Es entonces a la Corte Constitucional y sólo a ella a quien compete determinar -luego del juicio de constitucionalidad- si una ley de la República en sentido formal, como la que es objeto de este

juicio popular, debe o no ser expulsada del ordenamiento jurídico. Esa decisión de exequibilidad o inexecuibilidad corresponde de manera privativa a un órgano constitucional exclusivo que, entre nosotros, se remonta al acto legislativo No.3 de 1910 y que por lo mismo convierte al constitucionalismo colombiano en pionero al asignar desde entonces a la Corte Suprema de Justicia (hoy a la Corte Constitucional) la competencia de estudiar si una ley se aviene o no al orden fundamental. Por ello cuando la Corte Suprema oficiaba de Tribunal Constitucional señaló: 'una vez hecha la publicación de la sentencia proferida en asuntos de constitucionalidad, queda inmediatamente en firme y debe ser cumplida.

(se subraya)

“..(...)..”

“De cuanto antecede se concluye que no es la acción popular el instrumento procesal idóneo para cuestionar la constitucionalidad de las leyes de la República, como tampoco para discutir los pronunciamientos que sobre las mismas produzca la Corte Constitucional.”

De lo expuesto, queda claro que el control del juez popular en el trámite del proyecto de Tratado de libre comercio que actualmente se negocia con Estados Unidos de Norteamérica, no tiene cabida y que el Constituyente diseñó un marco jurídico - político que propende por la participación de tres Ramas del Poder Público y de la ciudadanía en general, en donde no cabe interpretación alguna que permita introducir otro procedimiento para su control, sin violar la Constitución misma.

En conclusión, atendiendo a que la negociación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, es potestad exclusiva del Presidente de la República, en cuya cabeza está la dirección de las relaciones internacionales, que de la causa petendi de la demanda se extrae que ésta en realidad corresponde a una acción de inconstitucionalidad y no a una acción popular y a que durante el trámite del Tratado éste se encuentra sujeto a un control político por parte del Congreso de la República y a un control judicial por parte de la Corte Constitucional, considera la Sala que el juez popular carece de competencia para conocer del presente asunto (art. 140-1 del C.P.C., al que se remite la Sala por disposición del artículo 44 de la Ley 472 de 1998).

En tal virtud, en aplicación del artículo 145 del C.P.C., según el cual, en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe y atendiendo a que, de conformidad con el inciso final del artículo 144 ibídem, no podrá sanearse la nulidad que se configure por razón de que el asunto corresponda a otra jurisdicción, dispondrá la Sala la anulación de todo lo actuado dentro del presente proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

R E S U E L V E :

PRIMERO: Declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del presente proceso, desde el auto admisorio de la demanda incluido, por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

SEGUNDO: RECHAZAR la demanda de acción popular presentada por el ciudadano EFRAÍN BARBOSA ROJAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para que disponga su archivo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

FREDY IBARRA MARTINEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 15 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.621 - 27 de diciembre de 2023)

