

Acciones populares ante los tratados de libre comercio: “el caso de Colombia y Estados Unidos”

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT

Abogado

UNIVERSIDAD DE CHILE

Master en Derecho,

UNIVERSIDAD DE LEIDEN, HOLANDA

Master of Arts,

UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME, USA

Profesor de Derecho Internacional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

ÁLVARO A. BOLADO PIZZI

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: En el año 2011 se aprobó la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Colombia. Este acuerdo tuvo la génesis de su negociación el año 2005, buscando incentivar el comercio internacional entre ambos países. Sin embargo se presentaron diversas situaciones durante su tramitación, surgiendo opositores a dicho tratado, quienes interpusieron una acción popular ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con el fin de evitar la suscripción del mismo. En el presente artículo se analizan los principales argumentos esgrimidos por el gobierno de Colombia y por los representantes de la oposición a la suscripción del tratado, y a su vez determinar a partir de este caso los efectos que pueden generarse de la firma de tratados de naturaleza económica entre países que presentan condicionantes disímiles.

* * *

Introducción

El fenómeno de la globalización se ha manifestado como una tendencia creciente a partir de la segunda mitad del siglo xx, continuando con fuerte presencia en el siglo xxi. Es por medio de ello que se puede apreciar, también de manera sostenida, la interacción creciente entre los mercados de los distintos países del mundo, generando relaciones de carácter simbiótico. Este escenario trae aparejado una serie de transformaciones que se manifiestan en aspectos

sociales, culturales, tecnológicos y por supuesto económicos en nuestra sociedad. Es así como se puede apreciar una evolución de las economías de mercado, las cuales de manera creciente han comenzado a asignar un rol a la inversión extranjera, a través de sistemas de libre circulación de bienes entre sujetos y empresas de naturaleza tanto particular como estatal. Con dicho fin se han suscrito Tratados de Libre Comercio (TLC), instrumentos utilizados por los Estados con el objeto de facilitar las transacciones de carácter económico entre agentes pertenecientes a distintas naciones. Ello se concreta a partir de la eliminación o reducción de aranceles en la transacción de bienes y servicios de manera interestatal. El uso de estos instrumentos ha contribuido a la desaparición progresiva de las fronteras que dividen a los países, a tal punto de afirmar de que *"el mundo ya no es exclusivamente un conjunto de naciones, sociedades nacionales, estados-naciones en sus relaciones de interdependencia, dependencia, colonialismo, imperialismo, bilateralismos, multilateralismo"*¹.

Es posible advertir que los Estados hoy en día se constituyen como verdaderos sujetos contratantes en lo que Francis Fukuyama denomina "aldeas globales"². Ello se asemeja, en el aspecto que pretendemos tratar, a aquellos fundamentos en virtud de los cuales nace la disciplina de la economía. A partir de ella los Estados buscan llevar a cabo negociaciones y beneficios específicos entre un sujeto y otro con el objeto de satisfacer una necesidad, la cual en el caso de nuestro estudio corresponde a lograr que el crecimiento de la actividad económica de un Estado aporte a su pleno desarrollo y satisfacer los requerimientos con sus nacionales para lograr su plena realización. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que por regla general en toda actividad económica existe un sujeto que es más débil que el otro al realizar negociaciones, en la búsqueda de lograr acuerdos que permitan establecer nexos o relaciones entre dos Estados. Puede, en consecuencia, generarse una relación asimétrica entre los sujetos que buscan suscribir este tipo de convenciones.³

Negociación del TLC entre Colombia y Estados Unidos de Norteamérica

Ante la hipótesis planteada, cabe preguntarse de qué manera se ve afectado el Estado contratante más débil en cuanto a los efectos de los TLC suscritos, y posiblemente, de manera más relevante, de qué manera se ve afectada la tramitación del tratado y cuáles son los argumentos mediante los cuales se pueden resolver los conflictos suscitados entre particulares y los Estados

¹ Ianni, O. (1996). *Teorías de la globalización*. México, Siglo XXI editores.

² Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre* (p. 447). Buenos Aires: Planeta.

³ Quiliconi, C. (2013). Modelos competitivos de integración en el hemisferio occidental: ¿liderazgo competitivo o negación mutua?/Competitive integration models in the Western hemisphere: competitive leadership or mutual denial? *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 168, Barcelona, España.

contratantes. Ante estas Interrogantes, nos referimos a un caso de estudio, en el cual se manifiestan las debilidades de una relación asimétrica entre Estados. Específicamente, trataremos el caso del TLC celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América, cuya génesis se remonta al año 2005 y el cual fue finalmente aprobado en octubre del año 2011, luego de una turbulenta tramitación debido a los diversos obstáculos suscitados.

Las circunstancias que rodearon la tramitación de dicho tratado son relevantes, ya que, en Colombia, se manifestaron ciudadanos opositores al mismo en contra del propio Estado colombiano, quienes no apoyaron sus condiciones, en atención a que lo consideraban lesivo a sus derechos y a los procedimientos establecidos en la Constitución vigente. De acuerdo a lo anterior, cabe destacar la relevancia del tema para la Red Colombiana de Acción frente al Libre Comercio (RECALCA), institución que busca agrupar a todas aquellas organizaciones que en Colombia sostienen una posición crítica frente al proyecto de acuerdo del ALCA⁴ y al acuerdo bilateral de libre comercio con Estados Unidos de Norteamérica⁵. RECALCA, a través de una acción popular, retrasó la ratificación del TLC, invocando argumentos de defensa del “derecho de moralidad pública” y por afectar diversos derechos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano vigente. El contenido de la demanda se concentraba fundamentalmente en las inequidades que se generarían luego de la suscripción del tratado, las cuales otorgaban un trato preferente a empresas multinacionales de origen estadounidense en materias de propiedad intelectual, medidas fitosanitarias y establecimiento de aranceles. Asimismo se reprochaba lo que se consideraba como una evidente renuncia de Colombia a su soberanía judicial, en tanto y cuanto los conflictos que se pudiesen generar en estas materias debieran someterse a la resolución de centros de arbitrajes en materia nacional⁶. De igual modo se establecían patentes sobre su biodiversidad en favor de las empresas norteamericanas⁷. Sobre esta acción popular se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, cuyo reclamo fue ingresado a dicha instancia con fecha 11 de octubre del 2005.

La decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

El fallo emitido por el tribunal de Cundinamarca se pronunció respecto de diversos aspectos importantes de considerar a la hora de mantener una medida cautelar en contra del Poder Ejecutivo, ordenándole abstenerse de suscribir el tratado. En primer lugar se discute la procedencia de la acción popular, ya que

⁴ Área de Libre Comercio de las Américas.

⁵ <http://www.recalca.org.co/quenes-somos/>

⁶ Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC.

⁷ Gómez Lee, M.I (2006) El TLC y el acceso a los recursos genéticos.

esta causa un perjuicio inminente a la figura del Presidente de la República, en virtud que la interposición de la medida adoptada representa a juicio del gobierno, una violación a la división de poderes, en cuanto se está supeditando la aprobación del tratado a la aprobación del poder judicial, cuando ni siquiera la ley lo puede limitar⁸. Asimismo se establece que esta acción popular perjudica a la persona del Presidente colombiano, en cuanto le imposibilita ejercer la facultad exclusiva otorgada por la Constitución y la Convención de Viena de iniciar y llevar a cabo la negociación de tratados ante otros Estados y organismos internacionales. Por último se argumenta el hecho de que el TLC no existe como tal al momento de impetrarse la acción popular, lo cual significa que no se ha lesionado ningún derecho de carácter fundamental, y está impugnándose tan solo una mera expectativa, no existiendo por tanto prueba de carácter alguno del daño que se pretende alegar. Por otra parte, los particulares y RECALCA fundamentan la interposición de su acción por el hecho de ser parte de un Estado de Derecho, donde los Derechos fundamentales han de ser protegidos *“cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública”*⁹.

Otro aspecto que ha sido discutido ante el tribunal contencioso administrativo de Cundinamarca, se refiere a la falta de pruebas en virtud de las cuales se ordena al Presidente de la República abstenerse de firmar el tratado, ello debido a la falta de pruebas que sustentan la solicitud de la medida cautelar, puesto que no se ha podido determinar cuál es el daño efectivo a los Derechos colectivos. Incluso en el caso de tratarse de una amenaza a estos Derechos, no existen precedentes en que se haya logrado probar que la amenaza es real. Considerando estos aspectos del fallo, el tribunal resolvió que no existe lo que se define como una tarifa legal para cautelar Derechos que se vean amenazados, ello sobre la base de lo señalado en el artículo 25 de la ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares y de grupo:

“Antes de ser notificada la demanda y en cualquier Estado del proceso podrá el Juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*

⁸ Fallo tribunal contencioso administrativo de Cundinamarca, febrero 2006.

⁹ Constitución Política de la República de Colombia artículo 90.

- c) *Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) *Ordenar con cargo al Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*¹⁰

Queda así de manifiesto la postura del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca ante este conflicto. Sin embargo es importante señalar que el TLC, fue declarado ajustado a la Constitución por la Corte Constitucional de Colombia, el cual eventualmente fue suscrito por los Estados Unidos de Norteamérica y Colombia en el año 2011.

Los derechos protegidos por la acción popular

En la sentencia dictada por el tribunal contencioso administrativo que establece la medida cautelar, tanto el Tribunal como las partes se preocupan de determinar la validez de los derechos colectivos cautelados, dado que el gobierno califica de temeraria la actividad del actor. Sin embargo, al determinarse la procedencia de la medida cautelar y de la acción popular, el Tribunal Contencioso Administrativo procede a señalar los derechos que pretenden ser protegidos por la acción.

En primer lugar se busca resguardar la libre competencia y la salud de los habitantes colombianos. Las negociaciones del TLC tienen por finalidad obtener el aumento del plazo de duración de las patentes a productos farmacéuticos de empresas extranjeras. Esta medida afectaría a los productores nacionales de medicamentos, ya que otorga facilidades excesivas a las empresas norteamericanas, lo que no permite a las empresas colombianas competir en igualdad de condiciones arruinándolas y fomentando condiciones monopólicas en favor de las compañías norteamericanas. A este respecto el tribunal también toma en consideración otros puntos del tratado, como aceptar el ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco norteamericano, bajo el sistema de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional. Esta autorización no solo afecta los derechos antes mencionados, sino que además el patrimonio público, ya que, en compensación por las pérdidas económicas de la agroindustria colombiana, el gobierno tendría que implementar medidas con cargo al Presupuesto Nacional, que implican en consecuencia un aumento del gasto público.

¹⁰ Artículo 25 de la ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares de Colombia.

Otro derecho importante de proteger a juicio del tribunal y de los demandantes es el derecho colectivo a conservar la diversidad cultural y biológica, previniendo el deterioro ambiental. El TLC permitía el patentamiento del patrimonio natural colombiano. La flora y fauna de la nación corresponden a las principales fuentes de ingreso de la economía colombiana, de tal manera que permitir el patentamiento de estas especies implica el despojo de su patrimonio que en opinión del tribunal es inalienable y afectar seriamente las actuales y futuras actividades de empresas colombianas en estas materias.

Una vez que el tribunal se pronunció respecto de los derechos que habrán de ser protegidos en el marco de la negociación del TLC, se estableció que a pesar del alcance realizado por el tribunal, las hipótesis desarrolladas no fueron taxativas, ello producto que no se conocía el texto íntegro del proyecto de Tratado, sino solo sus lineamientos principales, los cuales ya habían sido debatidos públicamente.

Apelación a la acción popular

De manera adicional al recurso de reposición se interpuso un recurso de apelación en subsidio, el cual fue resuelto por la sección tercera del Consejo de Estado. El fallo emitido por este tribunal optó por declarar la nulidad de todo lo obrado en el procedimiento sobre la base de la falta de competencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Ello fundado en el hecho de que el tribunal no tenía la atribución para controlar la etapa de negociación de un tratado internacional, ya que esta es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Ello se fundamenta en el artículo 189 número 2 de la Constitución de Colombia, el cual otorga expresamente la dirección de las relaciones internacionales al Presidente de la República. Cabe resaltar, sin embargo, otros puntos del fallo que impiden determinar una solución que sea satisfactoria a este conflicto generado entre la acción popular que se interpone en defensa de los derechos de los particulares y la facultad del Presidente de llevar a cabo las relaciones internacionales. El problema en nuestra opinión es que el fallo carece de fundamentos de fondo que permitan esclarecer la situación y sentar un precedente para la resolución de este tipo de conflictos en el futuro, ello por el hecho de que el fallo no emite pronunciamiento alguno sobre los efectos lesivos del TLC que se interpusieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, es decir, no decía relación con los efectos económicos del TLC en la población colombiana¹¹.

¹¹ Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC

A pesar de lo antes señalado no pareciera adecuado restarle mérito al fallo emitido por el Consejo de Estado, ya que éste se encuentra ajustado a derecho, puesto que la competencia sobre este asunto está determinada para otro tribunal. Sin embargo este aspecto sigue siendo controversial en Colombia, ya que hay sectores que rechazan la competencia del Consejo de Estado de conocer la apelación. De igual modo que el fallo no se ajusta a las materias comprendidas en la apelación, en cuanto a que su objeto era sobre la procedencia de la medida cautelar que restringía la facultad del Presidente de la República de suscribir el TLC, siendo objeto del recurso de reposición interpuesto y por consecuencia de la apelación subsidiaria.

Las críticas ante dicha acción se fundan en el artículo 188 de la Constitución Política de Colombia, cuyo tenor establece: *“El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos”*¹².

Lo anterior debe entenderse en razón a que la acción popular a su vez se funda en que la función del Presidente está restringida por el mandato constitucional, el cual establece los derechos fundamentales y colectivos, los cuales deben ser protegidos y asegurados en todas las actuaciones de la autoridad. En este caso la facultad de negociar los tratados internacionales, comprendida en el artículo 189 de la Constitución colombiana, no es ilimitada y debe ejercer su poder dentro del marco judicial y valórico que le establece la Carta Fundamental.

Postura Corte Constitucional de Colombia

Durante la tramitación de la acción popular interpuesta en contra del gobierno, tanto demandantes como demandados justificaron sus argumentos remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Ello en atención a que el caso analizado presenta un conflicto nunca antes visto a nivel nacional e internacional. Los criterios de la Corte Constitucional sin embargo son ambiguos, ya que este conflicto representa aspectos de alta complejidad que no son de simple despacho, como aquellos de carácter valórico, constitucional y normativo. El fallo no solo se refiere a la contraposición de la protección de los derechos fundamentales y las atribuciones del Presidente de la República, sino que también se refiere a criterios probatorios de la época moderna.

En el recurso de reposición del gobierno interpuesto en contra de la medida cautelar se señaló que este era improcedente por atentar contra la división de poderes, la Constitución de la República y el funcionamiento de un sistema democrático. A este respeto el gobierno fundó su alegato sobre la base de la

¹² Artículo 188 Constitución Política de Colombia.

sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004, en la cual se establece lo siguiente: *“el control entre los diferentes órganos que integran las ramas del poder público, se cumple con la intervención de cada una de ellas a la oportunidad procesal que la propia Constitución les asigna en el proceso de perfeccionamiento del instrumento internacional que obliga a Colombia, con el debido respeto de la facultad y competencia exclusiva del Presidente de la República para iniciar negociaciones de tratados con otros Estados u organismos internacionales”*¹³. De esta manera el gobierno y la Corte Constitucional concuerdan en la fragilidad de la división de los poderes estatales, debiendo respetarse las oportunidades respectivas para controlar los actos de los demás poderes del Estado. Adicionalmente se argumenta que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece el respeto que ha de existir entre estos mecanismos y las normas de derecho interno, señalando además que se deben respetar los procedimientos de cada Estado para obtener la adecuada correspondencia entre normas de derecho internacional y de derecho interno. Sin embargo, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en la parte considerativa de su fallo igualmente se remite al fallo de la Corte Constitucional de Colombia antes mencionado, en el cual también se señala: *“Es necesario un cierto grado de superposición material de funciones, como requisito indispensable para asegurar la efectividad del ejercicio recíproco de los controles, que a su vez son necesarios para mantener el balance de poder y así garantizar los derechos y libertades básicas de las personas (...) la creación constitucional de acciones y procedimientos judiciales que permiten que los jueces controlen los actos de la administración pública mediante la acción de nulidad y de plena jurisdicción (C. P. Arts. 237 y 238), dispongan el cumplimiento de leyes y actos administrativos (C.P. art. 87), reparen los daños antijurídicos ocasionados a los administrados por la acción u omisión de los agentes del Estado (C. P. Art. 90), y protejan los derechos fundamentales cuando resulten amenazados ó vulnerados por cualquier autoridad pública”*¹⁴. De esta manera el Tribunal Contencioso que conoce del asunto determina que la evolución del estado de derecho, permite esta clase de controles y acciones. Prueba de esto es el hecho de que la Carta Fundamental colombiana señala el alcance de la acción interpuesta por Efraín Barbosa Rojas, la cual se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución colombiana y está prevista la protección de los derechos colectivos cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública. El Tribunal Contencioso Administrativo profundiza a este respecto, invocando la sentencia C-1172 de 2001 de 8 de noviembre de 2001 respecto de la cual se deja de manifiesto la tangibilidad del Presidente de la República frente a la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución colombiana. Ello en razón de que las facultades del Presidente a pesar de ser de carácter exclusivo, deben tener límites. A este respecto la sentencia señala:

¹³ Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004.

¹⁴ Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2004.

“La limitación del poder del gobernante ha sido una constante en los regímenes democráticos. Esta Corporación en relación con dicha limitación expresó que: “(...) la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el gobernante y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas (...) en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, ni los gobernantes, ni las autoridades de cualquier orden pueden tener facultades ilimitadas, por cuanto precisamente lo que caracteriza al Estado democrático es la imposición de límites al ejercicio de la autoridad pública, tanto por la Constitución como por la ley”¹⁵.

Otro aspecto importante en la sentencia demostró ser la ponderación de la prueba en el caso analizado. Ello debido a que en el hecho no se acompañaron medios de prueba propiamente tales. El fundamento de la acción popular recayó en una serie de reportajes periodísticos provenientes de distintas fuentes de la Internet, respecto de las cuales algunas pueden haber sido fundadas y otras se encuentran en duda. Mediante la sentencia rol número C-662 de 2000, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, comparando analógicamente los diversos avances en materia tecnológica con las normas probatorias en los procedimientos, a este respecto se señaló: *“los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos requieren la adecuación de los regímenes jurídicos para ponerlos en concordancia con las transformaciones que aquellos han provocado en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial”¹⁶*. Las materias sobre las cuales se extiende el fallo del Tribunal Contencioso se remiten a materias tributarias y de naturaleza administrativa, las cuales revelan una gran adaptabilidad en materia probatoria respecto de los tiempos modernos. A este respecto, se establece la validez de los medios de datos (los cuales corresponden a medios electrónicos que expresan ideas) otorgándoles plena validez a los artículos elaborados para criticar las actuales concesiones desarrolladas en el marco de la negociación del TLC. Con la misma lógica, la Corte Suprema de Colombia se pronuncia respecto de los medios de prueba electrónicos confirmando su validez, cuya sentencia señala: *“el documento electrónico está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilada en forma humanamente comprensible”¹⁷*. De esta manera podemos apreciar como el sistema judicial colombiano y su ordenamiento jurídico velan por una aproximación práctica, velando por la justicia logrando obtener la mayor veracidad de los hechos a probar.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2001 de 8 de noviembre de 2001, expediente -3544.

¹⁶ Sentencia C-662 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁷ Sala Laboral, en Auto 13015 de abril 3 de 2000.

Postura del Consejo de Estado frente a la legitimación activa de la acción

El Consejo de Estado de la República de Colombia es una institución que ejerce el cometido del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, este es el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, alto tribunal que dirime los conflictos entre particulares y la Administración, así como los conflictos interadministrativos. Dentro de sus funciones está la de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración y conocer y decidir en los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas.

Sobre el conflicto en cuestión, el Consejo de Estado precisó en sentencia del 01 de noviembre de 2001, dentro del expediente AP-236, el alcance de la acción contemplada en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 sobre ejercicio de las acciones populares. En este fallo el Consejo de Estado señala: *“toda persona natural o jurídica podrá ejercitar las acciones populares, razón por la cual, en aplicación del principio de interpretación que establece que cuando la ley no realiza distinción alguna, no le es dado hacerla al intérprete, y teniendo en cuenta la finalidad de esta clase de acciones, es decir, la protección de los derechos e intereses que están en cabeza de toda la comunidad, se entiende entonces la razón por la cual tanto el constituyente de 1991 como el legislador establecieron de manera clara que “cualquier persona” puede ejercer estos mecanismos judiciales para la protección de los derechos o intereses de naturaleza colectiva. En ese orden de ideas, se tiene que cualquier persona como integrante de la sociedad tiene derecho a que le sean protegidos los derechos e intereses colectivos”*¹⁸. Bajo estas orientaciones, el Tribunal Contencioso Administrativo determinó que los alegatos del gobierno que tenían por objeto el manifestar la falta de legitimación activa, no son procedentes atendido a que Efraín Barbosa Rojas es una persona natural comprendido como uno de los actores que el legislador previó para el ejercicio de esta acción popular que tiene por objeto el resguardar los derechos fundamentales frente al actuar de las autoridades estatales. Sin embargo, esta acción exige una protección del interés colectivo, lo cual se cumple, habida cuenta de que su calidad de habitante y ciudadano colombiano le hace destinatario del TLC que eventualmente se suscriba, dado que las medidas de éste vinculan al elemento humano de los Estados partes, ya sea en forma mediata o inmediata.

¹⁸ En el mismo sentido, ver las sentencias del 20 de septiembre de 2001 (Exp. AP-0395 (182) del Consejo de Estado; y C-215 de 1999 de la Corte Constitucional.

Participación de la sociedad civil

Un aspecto importante en la discusión en este conflicto fue la participación de la sociedad civil. Sus opiniones e intereses fueron considerados. La relevancia de esta materia se manifiesta en el marco de la negociación, ya que es una institución que legitima los actos de la autoridad ante el pueblo, de esta forma los gobernados pueden dar a conocer su perspectiva sobre los términos del tratado y velar por sus intereses de manera activa.

En este caso en particular, el gobierno de Colombia alega haber seguido las pautas de participación democrática conformando el equipo de negociación del tratado con expertos de todas las carteras involucradas en todos los temas objeto de la negociación. A este respecto se celebraron trece rondas de negociación, seminarios y foros que buscaban recopilar las opiniones de las principales figuras en el sector comercial y académico. Ello fue logrado a través de la figura del “cuarto de al lado”. Esta figura consiste en fomentar la participación en las rondas de negociación, desarrollándose consultas de interés nacional y construyendo colectivamente los elementos necesarios requeridos para definir los intereses y estrategias en las negociaciones comerciales internacionales. Sin embargo, a pesar de las instancias de participación particular, los voceros de los sectores convocados manifestaron su preocupación, ya que en el marco de la negociación se hacía caso omiso a sus sugerencias, lo cual se apreciaba en cuanto a que los términos de la propuesta norteamericana no variaban de las exigencias inequitativas, resultando claro que a los sectores privados no se les había oído efectivamente. Esto es alarmante, pues ratifica la interposición de una acción judicial que vele por el interés de los particulares, aun cuando no se conozca el término definitivo del mismo.

Los efectos económicos del TLC en Colombia

Cabe determinar, en consecuencia, cuáles fueron los efectos económicos de este tratado. A este respecto, diversos autores destacan la importancia de tener una relación económica activa con la principal economía mundial. Es más, el año 2010, vale decir previa suscripción del TLC, las exportaciones totales de Colombia alcanzaron los 16.411 millones de dólares, teniendo como principal destinatario a los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que el año 2011 sus exportaciones lograron recaudar más de 21.000 millones de dólares con dicho país¹⁹.

¹⁹ Quiroz, V. (2013) El impacto de las Pymes frente al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de América, Colombia, Universidad Militar de Nueva Granada.

Los efectos positivos del TLC a largo plazo parecen claros: desde el año 2005 hasta hoy las transacciones internacionales entre Colombia y Estados Unidos presentaron un significativo incremento, esto en gran medida gracias a la integración económica que trajo aparejada la negociación y suscripción del tratado. Es más, esta relación generada entre ambos países permitió a Colombia resistir de buena manera los efectos económicos negativos que generó la crisis económica del año 2009 permitiéndole el continuar con su crecimiento aunque a un ritmo menor. Adicionalmente se han detectado incrementos en los índices de exportación tanto tradicionales (café, petróleo y carbón) como no tradicionales, representando estos últimos un incremento del 20% equivalente a 4.768 millones de dólares. Otro efecto importante que se ha logrado identificar corresponde a los procesos de industrialización. A este respecto la inversión de los bienes de capital por parte de entidades colombianas ha manifestado un aumento, esto gracias a la disminución de los impuestos y los efectos del tratado en la tasa de cambio²⁰. Podemos sobre la base de lo antes señalado establecer que las condiciones proporcionadas por el tratado contribuyen al mercado colombiano, haciéndolo más atractivo para el inversionista extranjero, lo que a su vez conlleva el aumento del empleo, y de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Para diversos analistas, los TLC resultan ser una adecuada medida para incentivar el comercio bilateral entre países, ya que es posible afirmar a partir del caso estudiado que en razón de la eliminación de las medidas arancelarias, y la suscripción del tratado aumentó aproximadamente en un 40% el flujo de comercio entre ambos países²¹. A este respecto entidades como Proexport²², ahora ProColombia, destacan los efectos de un tratado que abra el mercado colombiano al resto del mundo, esto no solo en un aspecto económico, sino cultural y tecnológico, permitiendo a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) el uso de nuevas tecnologías y perspectivas en su actividad económica. Sin embargo es necesario señalar que esta visión no es una perspectiva compartida por todos los colombianos, ya que la suscripción del tratado conlleva efectos adversos que afectan a las micro, pequeñas y medianas empresas. Este aspecto es importante, puesto que dichas entidades corresponden al grueso de la actividad económica al interior de Colombia, y se señala que como consecuencia de los beneficios otorgados a las empresas extranjeras, estas no son capaces de hacer frente a los inversionistas norteamericanos de manera igualitaria²³, lo cual fue objeto de la litis en el fallo antes analizado. Es en atención a ello que corresponde al aparato

²⁰ Araújo, E. S. (2015). Impacto de los Tratados de Libre Comercio (TLC) en la economía colombiana, desarrollo gerencial.

²¹ Cárdenas, M., & García, C. (2005). El modelo gravitacional y el TLC entre Colombia y Estados Unidos.

²² Entidad gubernamental que promueve el turismo, inversión extranjera y exportaciones en Colombia

²³ Rodríguez, V. C., & García, J. H. (2015). Diseño de una metodología de trabajo para enfrentar los efectos del TLC con Estados Unidos en las pequeñas y medianas empresas manufactureras de la ciudad de Palmira. *Colección Académica de Ciencias Estratégicas*.

estatal el otorgar los apoyos necesarios a las pequeñas y medianas empresas para que estas puedan competir en una situación de igualdad.

Aspectos a considerar

Resulta evidente señalar que existen ventajas y desventajas en la suscripción de los TLC. Teniendo en cuenta esto, no se puede pasar por alto los eventos que se presentaron en este caso particular de estudio. A través de su análisis hemos podido apreciar la contraposición entre los derechos fundamentales y la potestad del Presidente de la República, lo cual, como ha señalado el oficialismo en el fallo analizado, causó un perjuicio a la figura del Ejecutivo ante la comunidad internacional. De igual modo se evidencia la pugna existente entre las PYMES y las multinacionales que se integran a una nueva economía. Es de relevancia establecer la necesidad de asegurar en la mayor medida de lo posible los derechos de los nacionales que el Estado tiene la obligación de garantizar, sin embargo la competencia en materia internacional ha ido aumentando de tal modo que más países han estado incorporando medidas destinadas a aumentar la inversión extranjera directa, como es el caso de China, India y Vietnam. Dichos Estados buscan transformarse en los principales centros de inversión extranjera en el sudeste asiático, lo cual se manifestó con la suscripción de estos países a ASEAN²⁴. Lo antes señalado queda de manifiesto en los casos de China e India, los cuales en los años ochenta eran países que presentaban índices de ingresos per cápita más bien modestos. Sin embargo, ambos países tomaron decisiones de política económica y política exterior tendientes a abrir sus economías al mercado internacional. Así, supieron entender la influencia de la globalización en la economía, incorporando políticas cuyo objeto era generar mejores condiciones de mercado con el objeto de generar seguridad y certidumbre en su entorno económico interior, estableciendo tasas de cambio fijas e imponiendo políticas monetarias cuyo objetivo es incentivar la actividad de la producción tecnológica, a tal punto de que han innovado en procesos productivos de alta complejidad, fomentándose de esta manera creciente la industrialización de estos países, lo que en consecuencia permite alcanzar el crecimiento económico²⁵.

Algunas ideas a modo de conclusión

Es procedente considerar los aspectos económicos recién señalados. Particularmente se observa que debemos prestarles especial atención toda vez que

²⁴ Association of Southeast Asian Nations.

²⁵ Sarmiento, E (2006), "El Alca en contravía del desarrollo", disponible en http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC_Col_Usa_G-ES.pdf#page=28

en el marco de la gestación del tratado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, se consideró especialmente el modelo de TLC suscrito entre Chile y Estados Unidos. Sin embargo, ello no estuvo libre de obstáculos para el Estado colombiano en la tramitación del tratado, toda vez que Chile y Colombia tienen aproximaciones distintas en materias propias de la economía internacional y la inversión extranjera. En el caso de Chile, se propusieron medidas más agresivas para la apertura internacional de sus mercados. Es así como nuestro país establece medidas para fomentar un mercado internacional abierto, otorgando en el marco del tratado aranceles bajos a los inversionistas extranjeros, con tarifas que presentan escasos índices de variabilidad, en concordancia con lo establecido por el Decreto Ley 600. Por su parte Colombia ha incluido en su legislación medidas proteccionistas de la industria nacional, a través de aranceles de carácter escalonado. Ello conlleva costos adicionales para el Estado colombiano en contraposición a la situación que ocurre en nuestro país, ya que la facultad para poder llevar a cabo cambios de aranceles por parte de Colombia es competencia de la comunidad andina (de la cual Colombia es parte) y no de la legislación nacional. En materia de comercio internacional las prioridades de Colombia han sido hasta el momento la apertura de sus mercados con sus vecinos de América del Sur y de manera específica con Venezuela.

Desde otra perspectiva el cambio de las condiciones de intercambio internacional presenta como peligro además de generar rivalidad entre empresarios colombianos y norteamericanos, un deterioro de las relaciones internacionales con los países del ALCA, lo cual puede resultar lesivo para los intereses colombianos ya que se estarían privando de aquellos ingresos que han permitido sustentar la economía colombiana en los últimos años²⁶.

Chile es un miembro activo de la comunidad internacional en materia de inversión extranjera, lo que es posible apreciar en el ranking elaborado por CNUCYD²⁷ que posiciona a nuestro país como uno de los mayores receptores de inversión extranjera, en el lugar décimo primero. A pesar de ello, no parece adecuado dejar de considerar la situación expuesta y por tanto procede observar que esto puede generar diversos problemas no solo a nivel económico, sino que también a nivel social. Parece adecuado establecer un criterio que permita solucionar los conflictos en caso de suscitarse, estableciendo medidas adecuadas de protección para los derechos fundamentales. Para estos efectos y atendido al área del derecho que estamos analizando, se presentan reservas a la hora de determinar si la solución a este conflicto debe ser alcanzada únicamente por la vía del derecho interno. Ello en virtud de que al permitírsele a cada Estado la autonomía en estas materias, se podrían determinar acciones, recursos y

²⁶ Pardo, M. (2005). El TLC Colombia–Estados Unidos ¿El mejor negocio? *Las negociaciones comerciales*, p. 29, Serie de estudios y perspectivas n.º 5, abril de 2005, cepal, Bogotá.

²⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

procedimientos diversos, lo que a su vez produciría gran incertidumbre en lo que se refiere a este tipo de relaciones jurídicas. En cambio si estos derechos son protegidos de manera relativamente uniforme en cada uno de los Estados, se podría llegar a obtener una armonía entre el desarrollo económico y la protección de estos atributos, que sería posible aplicar a tratados de cualquier naturaleza y no únicamente a los TLC. Podemos concluir que es necesario suscribir un tratado internacional que se incorpore al derecho interno de manera tal de proteger adecuadamente a los particulares y de lograr prontas resoluciones a los conflictos. Esto, teniendo siempre en cuenta que los efectos de los tratados de libre comercio son relativos, en cuanto su suscripción no asegura el desarrollo de la economía de uno o ambos países suscriptores. El TLC en sí no basta para asegurar la inversión extranjera, este viene a complementar las políticas de apertura previamente adoptadas por un Estado, y adicionalmente a otros elementos presentes en la sociedad que actúan de manera conjunta unos con otros para impulsar el desarrollo creciente de la actividad económica, siendo insuficiente suscribir aisladamente un tratado o implementar determinados beneficios de carácter tributario o arancelario.

No es posible tampoco dejar de lado la dicotomía que el conflicto analizado plantea entre las facultades del Presidente de la República, el poder judicial y la protección de los derechos colectivos y fundamentales que se ven afectados por este acto de gobierno. El caso en estudio descrito no proporciona un criterio certero a la solución del conflicto en cuanto los tribunales de alzada declararon la nulidad de todo lo obrado, lo cual parece es una respuesta insatisfactoria que deja las puertas abiertas a otro conflicto de esta naturaleza, ya que no proporciona una salida clara a aspectos que no solo afectan a la economía, sino que también a la sociedad civil, al gobierno y al poder judicial. Esto se vuelve aún más relevante con la negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífico promovido por Estados Unidos y que involucra directamente a países como Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunei, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú y Chile. Los temas que este acuerdo terminará abordando no se conocen en forma precisa²⁸, lo cual genera incertidumbre en algunos sectores de la población. Podemos reconocer que el suscribir un tratado multilateral de esta envergadura puede ser beneficioso para nuestro país. Sin embargo es necesario anticiparse a los conflictos que se pueden generar en el marco de su negociación.

Es así que el llamado es a establecer criterios claros en esta materia, vale decir, determinar cuáles son las atribuciones y las limitaciones que tienen los diferentes poderes del Estado en el campo de las negociaciones de tratados internacionales y la protección de los derechos fundamentales. Para evitar cualquier tipo de

²⁸ A septiembre 2015.

conflicto interno, parece ser recomendable suscribir un tratado que permita establecer criterios uniformes ante la resolución de este tipo de conflictos de forma tal que no se vea amenazado el equilibrio entre los poderes estatales, y aun más importante que se asegure un criterio que permita una solución clara tanto a inversionistas extranjeros como a inversionistas chilenos en naciones extranjeras.

El libre comercio es una herramienta de política pública que se justifica en la medida que genere mayor bienestar a la ciudadanía y sus efectos positivos y negativos deben ser ponderados en relación con los demás fines de política pública del país. Esta consideración debe estar presente al momento de evaluar la participación en determinado espacio de acuerdo económico, y es el análisis que proponemos para el acuerdo objeto de estas líneas.

Bibliografía

Araújo, E. S. (2015). Impacto de los Tratados de Libre Comercio (TLC) en la economía colombiana, desarrollo gerencial <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/ojs/index.php/desarrollogerencial/article/view/215> Consultado en fecha 06 de agosto de 2015.

Cárdenas, M., & García, C. (2005). El modelo gravitacional y el TLC entre Colombia y Estados Unidos, Bogotá, FEDESARROLLO.

Campusano Droguett, Raúl F. y Alvaro Bolado. Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año XVI, volumen 32, julio 2015.

Campusano Droguett, Raul F. y Conrad Fahrenkrug. Régimen Jurídico de la Propiedad Intelectual a través de los Tratados de Libre Comercio Suscritos por Chile. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año XIII, volumen 25, enero 2012.

Campusano Droguett, Raul F. Contrato Modelo de Inversión Extranjera para Proyectos Mineros. *Anales del Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. 2011.

Rettberg, A., De Lombaerde, P., Lizarazo-Rodríguez, L., & Ortiz-Riomalo, J. F. (2014). Rights, Free Trade, and Politics: The Strategies Use of a Rights Discourse in the Negotiation of Free Trade Agreements (FTAs). *Colombia Internacional*, (81).

Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre* (p. 447). Buenos Aires, Editorial Planeta.

Gómez Lee, M.I (2006) El TLC y el acceso a los recursos genéticos. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_boletinDerechoVida/Boletin_DER_Y_VID_49.pdf Consultado en fecha 15 de agosto de 2015.

Hernández, G. (2014). Una revisión de los efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. *Lecturas de Economía*, 80, 49-77, Colombia, Universidad de Antioquía.

Ianni, O. (1996). *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI editores.

Pardo, M. (2005). El TLC Colombia–Estados Unidos ¿El mejor negocio? *Las negociaciones comerciales*, p. 29, Serie de estudios y perspectivas n.º 5, abril de 2005, cepal, Bogotá.

Quiliconi, C. (2013). Modelos competitivos de integración en el hemisferio occidental: ¿liderazgo competitivo o negación mutua?/Competitive integration models in the Western hemisphere: competitive leadership or mutual denial? *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 168, Barcelona, España.

Quiroz, V. (2013) El impacto de las Pymes frente al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de América, Colombia, Universidad Militar de Nueva Granada.

Rodríguez, V. C., & García, J. H. (2015). Diseño de una metodología de trabajo para enfrentar los efectos del TLC con Estados Unidos en las pequeñas y medianas empresas manufactureras de la ciudad de Palmira, Colombia, *Colección Académica de Ciencias Estratégicas*.

Sarmiento, E (2006), "El Alca en contravía del desarrollo" http://www.cepal.org/colombia/noticias/documentosdetrabajo/0/20860/TLC_Col_Usa_G-ES.pdf#page=28 Accedido en fecha 06 de agosto de 2015.

Suarez, A & Rivera, J (2006). Las decisiones judiciales frente al TLC, disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj02/dyj-5-alfredo.pdf> Accedido en fecha 11 de agosto de 2015.

Jurisprudencia

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, expediente 05-1725, 2 de febrero de 2006, Fecha de consulta 23 de Junio de 2015, disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/noticias/noticias-nacionales/TRIBUNAL-ADMINISTRATIVO-DE> Accedido en fecha 20 de julio de 2015.

Consejo de Estado de Colombia, sentencia del 06 de Julio de 2006, fecha de consulta 12 de julio de 2015, disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj02/dyj-5-sentencia.pdf> Accedido en fecha 30 de julio de 2015.

Sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el del 08 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-983a-04.htm> Accedido en fecha 02 de agosto de 2015.

Normas

Constitución Política de la República de Chile, año 1980.

Constitución Política de la República de Colombia, año 1991.

Ley 472 de 1998 sobre ejercicio de acciones populares de Colombia.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, año 1969.