

# Y LA CORTE FALLÓ...

**Laura Esperanza Rangel Fonseca**

**SERIE DEMOCRACIA Y JUDICATURA**



INSTITUTO LATINOAMERICANO PARA UNA  
SOCIEDAD Y UN DERECHO ALTERNATIVOS

# Y la Corte falló...

Laura Esperanza Rangel Fonseca

**SERIE DEMOCRACIA Y JUDICATURA**

**Y la Corte falló...**

© **Laura Esperanza Rangel Fonseca**

ISBN: 978-958-8341-44-6

Coordinación editorial: Héctor-León Moncayo

Corrección de textos: Andrea Torres

Diagramación: Jasbleydi Camargo López

Impresión: Gente Nueva Editorial

Colección Democracia y Judicatura

Bogotá, Colombia, mayo de 2012

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)

Calle 38 No. 16-45 Teléfonos: 288 47 72 - 288 44 37 Bogotá D.C.

Correo electrónico: [ilsa@etb.net.co](mailto:ilsa@etb.net.co)

“Este mundo de injusticia globalizada”	7
Introducción	11
<b>Parte I</b>	
Principios y criterios sobre los derechos humanos y la internacionalización de la economía	15
1. Antecedentes del debate jurídico del TLC en la Corte constitucional	15
1.1 Acciones populares	16
1.2 Aprobación en el Congreso	19
1.3 El TLC y la ley aprobatoria en la Corte Constitucional	19
2. La Corte y su silencio frente a los argumentos de las organizaciones sociales	20
2.1. Alcance del control de constitucionalidad: un espejismo	21
2.2 Solución de controversias	25
2.3 Expropiación indirecta: la propiedad sin función social	31
2.4 Derechos de las mujeres	36
2.5 Propiedad intelectual	37
2.6. Aranceles- agricultura	52
3. La corte le falló a la soberanía del pueblo y a los derechos	59
3.1 Autocensura Vs. Control	59
3.2 Soberanía del pueblo Vs. presidencialismo	60
4. Conclusiones de la Corte: LA CORTE FALLÓ	62
5. ¿Otras relaciones internacionales son posibles?	66
<b>Parte II</b>	
Adecuación jurídica a los tratados de libre comercio: el nuevo orden interno	71
1. Consideraciones generales	71
1.1 Implementación normativa internacional	73
1.2 Implementación normativa nacional	74
2. Temas sensibles en la implementación	78
2.1 Inoperancia de la salvaguarda	78
2.2 Aceleración de la desgravación	78
2.3 Propiedad intelectual y monopolios	79
2.4. Plan Nacional de Desarrollo: locomotoras para el TLC	85
2.5 ¿Minería para quién?	89

2.6	Sostenibilidad fiscal: ¿sin derechos?	91
2.7	Vigilancia política	91
<b>III.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>93</b>
<b>Anexo</b>		
<b>IV.</b>	<b>Salvamento de Voto a la Sentencia C-750 de 2008 del Magistrado Jaime Araújo Rentería</b>	<b>97</b>
<b>I.</b>	<b>Consideraciones generales</b>	<b>97</b>
<b>II.</b>	<b>Examen material</b>	<b>99</b>
<b>1.</b>	<b>Aspectos materiales generales</b>	<b>99</b>
<b>2.</b>	<b>Aspectos materiales institucionales</b>	<b>102</b>
2.1	Capítulo Primero. Disposiciones iniciales y definiciones generales	102
2.2	Capítulo 21. Solución de controversias	104
2.3	Capítulo 22. Excepciones generales	108
2.4	Capítulo 23. Disposiciones finales	109
<b>3.</b>	<b>Aspectos comerciales del Acuerdo de Promoción Comercial entre EE.UU-Colombia</b>	<b>109</b>
3.1	Capítulo Dos. Trato nacional y acceso de mercancías al mercado	109
3.2	Capítulo Tres. Textiles y vestido	113
3.3	Capítulo Cuatro. Reglas y procedimientos de origen	113
3.4	Capítulo Seis. Medidas sanitarias y fitosanitarias	114
3.5	Capítulo Siete. Obstáculos técnicos al comercio	115
3.6	Capítulo Ocho. Defensa Comercial	115
3.7	Capítulo Nueve. Contratación Pública	116
3.8	Capítulo Diez. Inversión	116
3.9	Capítulo Once. Comercio transfronterizo	118
3.10	Capítulo Doce. Servicios financieros	118
3.11	Capítulo Trece. Política de competencia. Monopolios designados y empresas de Estados	120
3.12	Capítulo 14. Telecomunicaciones	121
3.13	Capítulo 16. Aspectos transversales. Propiedad intelectual	121
3.14	Capítulo 17. Asuntos laborales	124
3.15	Capítulo 18. Medio ambiente	140
<b>V.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>146</b>

## “Este mundo de injusticia globalizada”<sup>1</sup>

*“Comenzaré por contar en breves palabras un hecho notable de la vida campesina ocurrido en una aldea de los alrededores de Florencia hace más de cuatrocientos años. Me permito solicitar toda su atención para este importante acontecimiento histórico porque, al contrario de lo común, la moraleja que se puede extraer del episodio no tendrá que esperar al final del relato; saltará a la vista de inmediato.*

*Estaban los habitantes en sus casas o trabajando los cultivos, entregado cada uno a sus quehaceres y cuidados, cuando de pronto se oyó tocar la campana de la iglesia. En aquellos piadosos tiempos (hablamos de algo sucedido en el siglo XVI), las campanas tocaban varias veces a lo largo del día, y por ello no debería haber motivo de extrañeza; sin embargo, aquella campana tocaba melancólicamente como anunciando a un muerto, y eso sí era sorprendente, puesto que no constaba que alguien de la aldea se encontrase a punto de fallecer. Salieron por lo tanto las mujeres a la calle, se juntaron los niños, dejaron los hombres sus trabajos y menesteres, y en poco tiempo estaban todos congregados en el atrio de la iglesia, a la espera de que les dijese por quién deberían llorar. La campana siguió sonando unos minutos más, y finalmente calló. Instantes después se abrió la puerta y un campesino apareció en el umbral. Pero, no siendo éste el hombre encargado de tocar usualmente la campana, se comprende que los vecinos le preguntasen dónde se encontraba el campanero y quién era el muerto. 'El campanero no está aquí, soy yo quien ha hecho sonar la campana', fue la respuesta del campesino. 'Pero, entonces, ¿no ha muerto nadie?', dijeron los vecinos, y el campesino respondió: 'Nadie que tuviese nombre y figura de persona; he tocado anunciando muerto por la Justicia, porque la Justicia está muerta'.*

*¿Qué había sucedido? Sucedió que el rico señor del lugar (algún conde o marqués sin escrúpulos) andaba desde hacía tiempo cambiando de sitio los mojones de los límites de sus tierras, metiéndolos en la pequeña parcela del campesino, que con cada avance se reducía más. El perjudicado empezó por*

---

<sup>1</sup> Extractos del texto de José Saramago durante la clausura del II Foro Social Mundial en Portoalegre, 2002. CopItArXives. Ciudad de México, Madrid, Boston, Cuernavaca Viçosa. 2008. [http://scifunam.fisica.unam.mx/mir/copit/SC0001PTES/SC0001PTES\\_ES.pdf](http://scifunam.fisica.unam.mx/mir/copit/SC0001PTES/SC0001PTES_ES.pdf)

*protestar y reclamar, después imploró compasión, y finalmente resolvió quejarse a las autoridades y acogerse a la protección de la justicia. Todo sin resultado; la expoliación continuó. Entonces, desesperado, decidió anunciar urbi et orbi (una aldea tiene el tamaño exacto del mundo para quien siempre ha vivido en ella) la muerte de la Justicia. Tal vez pensase que su gesto de exaltada indignación lograría conmover y hacer sonar todas las campanas del universo, sin diferencia de razas, credos y costumbres, que todas ellas, sin excepción, lo acompañarían en el toque a difuntos por la muerte de la Justicia, y no callarían hasta que fuese resucitada. Un clamor tal que volara de casa en casa, de ciudad en ciudad, saltando por encima de las fronteras, lanzando puentes sonoros sobre ríos y mares, por fuerza tendría que despertar al mundo adormecido...*

*No sé lo que sucedió después, no sé si el brazo popular acudió a ayudar al campesino a volver a poner los lindes en su sitio, o si los vecinos, una vez declarada difunta la Justicia, volvieron resignados, cabizbajos y con el alma rendida, a la triste vida de todos los días. Es bien cierto que la Historia nunca nos lo cuenta todo... Supongo que ésta ha sido la única vez, en cualquier parte del mundo, en que una campana, una inerte campana de bronce, después de tanto tocar por la muerte de seres humanos, lloró la muerte de la Justicia. Nunca más ha vuelto a oírse aquel fúnebre sonido de la aldea de Florencia, mas la Justicia siguió y sigue muriendo todos los días. Ahora mismo, en este instante en que les hablo, lejos o aquí al lado, a la puerta de nuestra casa, alguien la está matando. Cada vez que muere, es como si al final nunca hubiese existido para aquellos que habían confiado en ella, para aquellos que esperaban de ella lo que todos tenemos derecho a esperar de la Justicia: justicia, simplemente justicia. No la que se envuelve en túnicas de teatro y nos confunde con flores de vana retórica judicial, no la que permitió que le vendasen los ojos y maleasen las pesas de la balanza, no la de la espada que siempre corta más hacia un lado que hacia otro, sino una justicia pedestre, una justicia compañera cotidiana de los hombres, una justicia para la cual lo justo sería el sinónimo más exacto y riguroso de lo ético, una justicia que llegase a ser tan indispensable para la felicidad del espíritu como indispensable para la vida es el alimento del cuerpo. Una justicia ejercida por los tribunales, sin duda, siempre que a ellos los determinase la ley, mas también, y sobre todo, una justicia que fuese emanación espontánea de la propia sociedad en acción, una justicia en la que se manifestase, como ineludible imperativo moral, el respeto por el derecho a ser que asiste a cada ser humano.*

(...)

*Y, también, si me autorizan a añadir algo de mi cosecha particular a las fábulas de La Fontaine, diré entonces que, si no intervenimos a tiempo*

*-es decir, ya- el ratón de los derechos humanos acabará por ser devorado implacablemente por el gato de la globalización económica. ¿Y la democracia, ese milenario invento de unos atenienses ingenuos para quienes significaba, en las circunstancias sociales y políticas concretas del momento, y según la expresión consagrada, un Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo?*

*(...) Todo esto es cierto, pero es igualmente cierto que la posibilidad de acción democrática comienza y acaba ahí. El elector podrá quitar del poder a un Gobierno que no le agrada y poner otro en su lugar, pero su voto no ha tenido, no tiene y nunca tendrá un efecto visible sobre la única fuerza real que gobierna el mundo, y por lo tanto su país y su persona: me refiero, obviamente, al poder económico, en particular a la parte del mismo, siempre en aumento, regida por las empresas multinacionales de acuerdo con estrategias de dominio que nada tienen que ver con aquel bien común al que, por definición, aspira la democracia.*

*(...)*

*¿Qué hacer? De la literatura a la ecología, de la guerra de las galaxias al efecto invernadero, del tratamiento de los residuos a las congestiones de tráfico, todo se discute en este mundo nuestro. Pero el sistema democrático, como si de un dato definitivamente adquirido se tratase, intocable por naturaleza hasta la consumación de los siglos, ése no se discute. Mas si no estoy equivocado, si no soy incapaz de sumar dos y dos, entonces, entre tantas otras discusiones necesarias o indispensables, urge, antes de que se nos haga demasiado tarde, promover un debate mundial sobre la democracia y las causas de su decadencia, sobre la intervención de los ciudadanos en la vida política y social, sobre las relaciones entre los Estados y el poder económico y financiero mundial, sobre aquello que afirma y aquello que niega la democracia, sobre el derecho a la felicidad y a una existencia digna, sobre las miserias y esperanzas de la humanidad o, hablando con menos retórica, de los simples seres humanos que la componen, uno a uno y todos juntos.*

*No hay peor engaño que el de quien se engaña a sí mismo. Y así estamos viviendo. No tengo más que decir. O sí, apenas una palabra para pedir un instante de silencio. El campesino de Florencia acaba de subir una vez más a la torre de la iglesia, la campana va a sonar. Escuchémosla, por favor.”*



Hace poco más de cuatro años escribí una nota para el periódico Desde Abajo titulada “La Corte y el TLC: inversión en los derechos”<sup>2</sup>, en la que comentaba las expectativas alrededor del debate jurídico que se daría en la Corte Constitucional sobre el Tratado de Libre Comercio TLC entre Colombia y Estados Unidos, particularmente acerca del peso que otorgaría la Corte a la protección de los derechos humanos versus la de los intereses económicos en juego en este tratado. Con confianza, digo yo, ingenuidad, dirán otros y otras, auguraba que sería el 12 de febrero de 2008 una fecha histórica si la Corte acogía los argumentos de hecho y de derecho que las organizaciones sociales presentaron ese día para sustentar su solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del TLC. Y la corte falló. Y no es una fecha memorable. La corte no invirtió su potestad de control en proteger los derechos. Por el contrario, invirtió los derechos en el sentido de “cambiar, sustituyéndolos por sus contrarios, la posición, el orden o el sentido de las cosas” cuando les dio menor peso que al criterio o principio de la internacionalización de las relaciones económicas.

Esta inversión de los derechos es la motivación de este trabajo. Porque la Corte Constitucional desde su creación, a partir de una lectura integral de la Constitución Política ha producido jurisprudencia vital para la protección de los derechos fundamentales. Para citar algunos ejemplos, las múltiples sentencias sobre el significado del derecho a la igualdad de las mujeres, o la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida, o el reconocimiento de situaciones de hecho contrarias a la EConstitución como es el desplazamiento forzado interno. Las valoraciones que las sustentaron ceden frente a un tratado de libre comercio. En la decisión que tomó la Corte tienen más fuerza los mitos de la globalización que el sentido y alcance del Estado Social de Derecho que ella misma ha ayudado a concretar. La Corte, abdica del ejercicio de la soberanía del pueblo que se expresa en la rama judicial del poder público cuando, a ojos cerrados, le concede el beneficio de la duda al TLC, un beneficio que, a la luz del principio de la primacía de la Constitución Política no puede tener ninguna norma cuando es sometida al control constitucional.

Debido a que la sentencia fue proferida en el 2008 y que hay avances en el proceso de adecuación de la legislación interna aún antes de que fuera ratificado por el Congreso de Estados Unidos en octubre de 2011, este trabajo

---

<sup>2</sup> En Desde Abajo, 20 de febrero de 2008. Edición No. 131.

versa sobre la sentencia y el proceso de implementación que hasta la fecha de publicación se viene adelantando.

La primera está dedicada a identificar la indiferencia intencionada de la Corte hacia los argumentos presentados por las organizaciones sociales que solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad, por lo cual se citan en extenso, para luego contratarlos con las razones jurídicas de la Corte. Sin embargo, vale aclarar que no están aquí reseñados en su totalidad los temas abordados por las organizaciones. Seleccioné algunos de los más conocidos, y en los que coincidieron varias organizaciones. No se trata entonces de argumentos superficiales o fantasiosos sino de argumentaciones estructuradas y documentadas que además, expresaban, en el ámbito jurídico, las razones para oponerse al TLC y defender los derechos humanos que en otras instancias y a través de otros canales fueron expresadas.

Lo referente a los derechos laborales, ambientales y la cláusula de derechos humanos fue desarrollado por la Corte en otra sentencia que declaró la constitucionalidad del protocolo modificatorio y su ley aprobatoria y por lo tanto aquí no se desarrollan en este estudio.

La segunda parte de este estudio presenta algunas valoraciones iniciales sobre las implicaciones del proceso de implementación del TLC. Los compromisos asumidos implican cambios drásticos y complejos en todo el ordenamiento jurídico colombiano por lo cual aquí sólo se presentarán algunos ejemplos. Es importante establecer pautas para identificar y dar seguimiento a los cambios normativos, ojalá con el concurso de los movimientos sociales, pues la Corte Constitucional reconoció que en la puesta en marcha del tratado, podrían ser vulnerados los derechos fundamentales. Además, no son públicos los criterios que aplicarán los gobiernos de los dos países para determinar el momento en que se considere que se ha cumplido con esta etapa y se adelanten los últimos pasos formales para que el TLC entre en vigor. No hay tampoco un plazo establecido claramente, ni hay mecanismos que garanticen la transparencia, la publicidad ni la participación de la ciudadanía.

En las conclusiones finales, este trabajo llama a los movimientos sociales a dar seguimiento a los siguientes pasos que tendrá que tomar Colombia para cumplir con el TLC. No podemos abdicar del derecho legítimo de defender nuestros derechos. A pesar del fallo de la Corte.

También es un llamado a la Corte Constitucional para que asuma de manera proactiva, como le corresponde y en lo que pueda, de ahora en adelante, defienda los derechos humanos como pilar del Estado Social de Derecho. Si estamos en una época de injusticia globalizada, como expresa José Saramago, correspondía y corresponde a la Corte Constitucional hacer posible la justicia

aquí, en nuestro país, para el pueblo colombiano, que es quien le otorga soberanía y con quien tiene su compromiso fundamental.

Finalmente, se incluye en esta publicación el salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería<sup>3</sup>, en el que plantea objeciones de fondo a las valoraciones abstractas y generales en las que se fundamenta la constitucionalidad del TLC y expone aspectos puntuales del texto del tratado que a su juicio “...*viola más de 100 artículos de la Constitución Nacional, entre otros, los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución Nacional. Así mismo, considero que este tratado es violatorio de parte del artículo 150 Superior y de los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365 de la Constitución Política.*

A manera de epílogo...

No sabía yo, que antes de enviar el texto a la imprenta, así de rápido, la fuerza de los hechos confirmaría que no eran infundados los temores que planteé en la segunda parte de este texto sobre los efectos lesivos que la implementación del TLC con Estados Unidos podría tener en la legislación colombiana y específicamente, en los derechos económicos, sociales y culturales.

El proceso de negociación y ratificación de este TLC, como política de comercio exterior, evidenció la debilidad del Gobierno, el Congreso y la Corte Constitucional a la hora de defenderlos frente a los intereses comerciales de Estados Unidos. Tuvo momentos en que fue más protuberante, como la contratación de firmas estadounidenses de cabildeo para lograr que el Congreso incluyera en su agenda la ratificación de tratado, o las visitas de Álvaro Uribe y sus fallidas entrevistas con Nancy Pelosi. Pero lo acontecido con la modificación a la legislación sobre derechos de autor, como decimos coloquialmente, fue, es “la tapa”. Broche no de oro sino de indignidad: cambiar la legislación colombiana sobre derechos de autor en una maratónica jornada legislativa para lograr la “bendición” del presidente Obama en la fallida Cumbre de las Américas. Sí, ¡indignante!

No hubo debate, no hubo participación, no hubo transparencia. El presidente Santos ¿contagió o impuso? al Congreso afán de conseguir el beneplácito de Estados Unidos para la entrada en vigor del TLC, en tanto que los sectores productivos, casi en su totalidad han expresado que no están preparados para enfrenar la competencia!. Y a sabiendas que la infraestructura vial no da para aprovechar las cacareadas oportunidades. Y con la certeza de que las barreras

---

<sup>3</sup> Se excluye la parte III correspondiente al examen formal.

fitosanitarias persisten. Y con la evidencia de que programas gubernamentales como el de restitución de tierras han producido muerte en vez de procesos de retorno. Y así, no sólo la corte falló, también lo hicieron los otros poderes públicos que también han traicionado la soberanía del pueblo cada vez que la sofocan en la complacencia y rendición ante las exigencias de un gobierno extranjero. ¿Alguna vez la historia los condenará? Yo sí.

## Parte I

### Principios y criterios sobre los derechos humanos y la internacionalización de la economía

#### 1. Antecedentes del debate jurídico del TLC en la Corte constitucional

Durante los años de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) y el primer año de gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014), Colombia negoció y suscribió el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, soportado por diferentes instrumentos legales<sup>4</sup>

El proceso de negociación duró más de dos años, durante los cuales, la presión de algunas organizaciones sociales como la Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio RECALCA, Misión Salud, la Campaña Comercio con Justicia: mis derechos no se negocian, De Justicia, entre otras, lograron sacar a la luz del debate público las implicaciones del TLC para el país. Los movimientos sociales expresaron su oposición al TLC con marchas<sup>5</sup>, consultas populares como la convocada y realizada por el Congreso indígena y popular<sup>6</sup>, pronunciamientos, foros y acciones jurídicas. Algunos gremios empresariales, como el ganadero (FEDEGAN), avícola (FENAVI), arrocero (FEDEARROZ) expresaron sus temores por los riesgos para la producción agrícola colombiana por la llegada de productos subsidiados a menor precio, aunque finalmente cedieron frente a la oferta del Gobierno de desarrollar una agenda interna orientada a compensar a los sectores perdedores y lograr una transformación productiva del país para facilitar el acceso de productos colombianos al mercado estadounidense.

---

<sup>4</sup> Colombia negoció el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus ‘cartas adjuntas’ y sus ‘entendimientos’, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”, aprobados por la Ley No. 1143 de 4 de julio de 2007, así como el “Protocolo modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos”, firmado Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007, y la carta adjunta de la misma fecha”, aprobado por la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007. El Acuerdo y su ley aprobatoria fueron declarados constitucionales por la Corte Constitucional dentro del proceso LAT-311, con la sentencia. C-750/08 del 24 de julio de 2008. En esta misma fecha, la Corte declaró la exequibilidad del Protocolo Modificatorio y su ley aprobatoria mediante la sentencia C-571 de 24 de julio de 2008.

<sup>5</sup> [http://www.flip.org.co/alert\\_display/3/787.html](http://www.flip.org.co/alert_display/3/787.html),

<sup>6</sup> <http://www.nasaacin.org/consulta-popular-no-el-tlc>

### 1.1 Acciones populares

La presentación de acciones populares para solicitar la defensa de derechos colectivos amenazados por los términos en que se desarrollaba la negociación del TLC fue un hecho sin precedentes en el país. La acción presentada por el ciudadano Efraín Barbosa se estructuró sobre la defensa al derecho a la moralidad pública (observancia de la ley que deben tener todos los actos de los funcionarios públicos) puesto que consideró que en la etapa de negociación tanto el Presidente de la República como sus colaboradores contravinieron varios artículos de la Constitución Política que protegen derechos colectivos, tales como la seguridad alimentaria, la salud, la cultura, la biodiversidad, la libre competencia y los derechos de los productores y consumidores.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto del 11 de octubre de 2005. El Ministerio Público interpuso recurso de reposición alegando que los jueces que deciden sobre acciones populares no tienen competencia para ejercer control alguno sobre el ejercicio de las facultades del Presidente de la República durante la negociación de los tratados internacionales por lo cual solicitó que fuera rechazada.

El Tribunal confirmó la admisión de la demanda y decretó medida cautelar mediante auto del 12 de diciembre de 2005, ordenando al Presidente de la República y a su equipo negociador abstenerse de suscribir el TLC en los aspectos lesivos a los derechos colectivos. Particularmente señaló:<sup>7</sup>

- *“La acción popular es procedente frente al TLC porque se encuentran amenazados derechos colectivos.*
- *La acción popular es un mecanismo de defensa especial, de naturaleza principal y por tanto el control automático que realiza la Corte Constitucional como medio judicial alternativo no obstaculizaba la procedencia de la misma. El examen del Juez de acción popular se refiere a acciones u omisiones concretas que afectan a una comunidad determinada, mientras que el control automático que ejerce la Corte Constitucional tiene un contenido abstracto que versa sobre la revisión de constitucionalidad.*
- *Dado su carácter eminentemente preventivo, la acción popular es necesaria para evitar el daño derivado de la firma del TLC. El Congreso de la República y la Corte Constitucional tenían una competencia posterior, cuando el tratado ya estuviere firmado y*

---

<sup>7</sup> [http://derechocolectivo.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=71&Itemid=105](http://derechocolectivo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=71&Itemid=105)

*aprobado. Por tanto es evidente que el control político y jurídico a posteriori es de diferente naturaleza al de la acción popular.*

- *El sector agrícola se vería arruinado en breve como consecuencia de la desgravación arancelaria, los subsidios otorgados por Estados Unidos y las medidas fitosanitarias impuestas por este país, que son barreras no arancelarias. Lo que en suma se considera como una amenaza a los derechos colectivos relacionados con la seguridad alimentaria, la cultura, los derechos de los productores y consumidores y la libre competencia.*
- *Frente al tema de la propiedad intelectual sobre medicamentos se alude al aumento de la protección de los datos de prueba, al alargamiento de patentes; a patentes para nuevos usos a medicamentos ya patentados, que son prerrogativas a favor de las multinacionales farmacéuticas que encarecen los medicamentos y por tanto afectan el derecho a la salud, específicamente el acceso a medicamentos.*
- *La pretensión de Estados Unidos de patentar seres vivos, animales y plantas contraría el Convenio de la Biodiversidad Biológica suscrito por Colombia y aprobado por la ley 165 de 1994, lesionando los derechos sobre la biodiversidad, el patrimonio genético de la nación y el conocimiento tradicional.*
- *Las arcas públicas se afectan con el TLC, vulnerándose el derecho a la defensa del patrimonio público, entre otras razones, por el incremento de los costos en salud y las compensaciones anunciadas por el gobierno para paliar las inminentes pérdidas del sector agropecuario.”*

La Presidencia de la República, la Procuraduría y demás entidades demandadas interpusieron recursos de reposición y en subsidio apelación, alegando la falta de competencia, la falta de elementos probatorios, los efectos negativos en la imagen del Presidente de la República ante el gobierno de Estados Unidos y la falta de legitimación del accionante. En decisión del 2 de febrero, con ponencia de la Magistrada Beatriz Martínez Quintero, el Tribunal confirmó la medida cautelar y se precisó su contenido. Las razones para confirmar la medida cautelar fueron:

- *“El Estado social de Derecho se caracteriza por la existencia de una serie de acciones y procedimientos dirigidos a que el Juez controle directamente los actos de la administración, en el caso concreto a través de una acción popular que permite mantener un balance de poder y garantizar los derechos y libertades de la población.*

- *No pueden existir facultades ilimitadas, por lo que los controles al uso del poder son coherentes con el concepto de democracia. Como la acción popular es de estirpe constitucional, a través de la misma se puede llegar a tocar los límites de las competencias que ostenta el Jefe de Estado.*
- *El peligro que el TLC comporta para el país es un hecho notorio y en internet se encuentran múltiples documentos que demuestran tal situación. En lo referente a la participación de la sociedad civil en el trámite del tratado de libre comercio, si bien el gobierno había creado espacios de participación para la comunidad los mismos fueron meramente formales porque ni siquiera se ha escuchado a los sectores fuertes de la economía mucho menos se iba a escuchar a los demás sectores de la sociedad, por lo cual*
- *La acción popular termina siendo la única vía para la defensa de la economía y de la población colombiana frente al Tratado de Libre Comercio.”<sup>8</sup>*

Por su parte, el Consejo de Estado, en su providencia del 6 de julio de 2006, al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la medida cautelar, no se pronunció sobre la misma sino que decidió declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la admisión de la demanda, argumentando que la potestad del Presidente durante la negociación de acuerdos internacionales no admite injerencia del poder judicial.

De esta manera, el Consejo de Estado eliminó la posibilidad de defensa de los derechos colectivos por parte de los jueces a través del ejercicio de las acciones populares previstas en la Constitución<sup>9</sup>. Hace carrera así una confusión jurídica de efectos demolidores para la defensa de los derechos humanos según la cual la potestad del Presidente de la República en la dirección de las relaciones exteriores no tiene ningún control. Las acciones jurídicas que han sido incoadas contra el TLC buscan no suplantarse o usurpar la competencia, sino su sujeción al marco de los principios del Estado Social de Derecho que implica la primacía del deber de protección de los derechos fundamentales por sobre otros principios o mandatos, como el de internacionalización de la economía. El deber de protección y garantía de los derechos fundamentales y de respeto al orden constitucional no se suspende en el marco de las relaciones exteriores, so pena de abdicar de la soberanía del pueblo.

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Art. 88 Constitución Política, reglamentado por la Ley 472 de 1998



## 1.2 Aprobación en el Congreso

En la etapa surtida ante el Congreso, pese a que la aprobación del TLC era previsible, puesto que su configuración política daba respaldo mayoritario al Presidente Álvaro Uribe, se presentaron las siguientes propuestas para el segundo y último debate en el Senado que no fueron acogidas: la senadora Alexandra Moreno Piraquive, de dar segundo debate con pliego de modificaciones con declaraciones interpretativas, de los senadores Cecilia López Montaña y Juan Manuel Galán Pachón de no aprobación en segundo debate, del Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, también de no aprobación y de archivo en segundo debate y de la Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, de dar segundo debate con la posibilidad de formular reservas y declaraciones interpretativas. Finalmente, el 14 de junio de 2007, de un total de 102 senadores, estuvieron presentes 93: 55 votaron a favor, 1 se declaró impedido y 3 votaron en contra. Los senadores del partido Polo Democrático Alternativo y algunos del Partido Liberal se retiraron. La Ley 1143 de 2007 se publica en el Diario Oficial 46.679 de 4 de julio de 2007.

## 1.3 El TLC y la ley aprobatoria en la Corte Constitucional

Luego, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Corte Constitucional copia del TLC y de su ley aprobatoria. Entre las disposiciones que tomó la Magistrada Sustanciadora cuando avocó el conocimiento<sup>10</sup> el 6 de agosto de 2007, incluyó correr traslado al Procurador General de la Nación y “v) invitar a distintas organizaciones sociales y económicas, para que aporten sus opiniones sobre el asunto de la referencia.”

Bien fuera por iniciativa propia, o por expresa invitación de la Corte, diversas organizaciones sociales y empresariales participaron en el trámite de control de constitucionalidad. La expectativa sobre esta jurisprudencia era alta porque por una parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reconoció que el TLC ponía en riesgo derechos colectivos, argumento que no fue controvertido ni desvirtuado por el Consejo de Estado al resolver la apelación del auto que ordenó las medidas cautelares. De otra, el mismo análisis del Consejo de Estado que señaló como oportunidad ideal para la defensa de los derechos el control automático que ejerce la Corte Constitucional. El esfuerzo por presentar argumentos jurídicos sobre las normas constitucionales transgredidas por el TLC fue significativo porque no solamente se trataba de

---

<sup>10</sup> Expediente LAT 311

plantear una opinión sobre el manejo adecuado de la política de comercio con Estados Unidos, sino de demostrar cómo disposiciones del TLC en concreto y el tratado en su conjunto, transgreden la Constitución por la afectación a los derechos fundamentales y la soberanía.

Por lo anterior, este trabajo analiza los criterios tenidos en cuenta en la sentencia correspondiente, proferida el 24 de julio de 2008, para declarar la constitucionalidad del TLC y su ley aprobatoria, particularmente si la Corte tuvo en cuenta o no los argumentos presentados por las organizaciones que participaron en el trámite y la aplicación de la jurisprudencia previa sobre el tema.

## 2. La Corte y su silencio frente a los argumentos de las organizaciones sociales

Fueron múltiples los reparos presentados tanto por las personas naturales como por las organizaciones sociales y gremiales que participaron en la revisión del TLC ante la Corte Constitucional<sup>11</sup>. Algunos de ellos se refirieron justamente a aspectos de fondo del tratado relativos a la conveniencia nacional, que de entrada la Corte se negó a estudiar en aras de no invadir la competencia del Presidente y del Congreso. Por ello, no abordaremos aquí este tipo de argumentos, sino que nos referiremos a los debates sobre la contradicción con diversas normas constitucionales, incluyendo el bloque de constitucionalidad.

---

<sup>11</sup> Las siguientes fueron las personas o entidades que aportaron argumentos para el debate ante la Corte Constitucional: **Personas naturales (8)**: Fernando Aurelio Acevedo, Efraín Olarte Olarte, Jorge Enrique Robledo Castillo, Etelvina Maldonado, Sebastián Valencia Quiceno, Valentina Bedoya, Juan Ricardo Garnica, Martha Isabel Gómez Lee. **Organizaciones sociales (11)**: Central Unitaria de Trabajadores CUT, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad De Justicia, Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio, RECALCA, Corporación Sisma Mujer, ASOMUJER Y TRABAJO, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Corporación CACTUS, Punto Focal para Colombia de la Red Internacional de Género y Comercio Capítulo Latinoamérica, Fundación para la Formación de Líderes Afrocolombianos AFROLIDER, Comisión Colombiana de Juristas, Alianza de Organizaciones no gubernamentales integradas por Acción Internacional para la Salud AIS, IFARMA y Fundación Misión Salud. **Gremios empresariales (8)** ANALDEX, Consejo Gremial Nacional, ACOPI, Cámara de Comercio Colombo Americana, Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas ASINFAR, Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación AFIDRO, Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo FEDESARROLLO, Centro Colombiano del Derecho de Autor CECOLDA. **Entidades públicas (11)**: Banco de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Cámara de Comercio de Bogotá, Subcomisión de Propiedad Intelectual del Comité Nacional Colombiano de la Cámara de Comercio Internacional CCI, Ministerio de Cultura, Ministerio de Comunicaciones, Procuraduría General de la Nación.

Aunque en la sentencia la Corte hizo un recuento pormenorizado de cada una de las intervenciones, al momento de explicar las razones de la constitucionalidad no hizo referencia a dichas argumentaciones ni para acogerlas ni para desvirtuarlas, en particular, se destaca la total indiferencia de la Corte frente a la argumentación presentada por diversas organizaciones de mujeres que señalaron que sus derechos no fueron incluidos ni en el TLC ni en su Protocolo Modificadorio.

Por lo anterior, este trabajo no sigue la metodología usada en el fallo que consistió en dividir en tres partes el estudio del tratado:

El primero, trata los *aspectos institucionales*, es decir, los concernientes al Preámbulo, disposiciones iniciales y definiciones generales, transparencia, administración del acuerdo y fortalecimiento de las capacidades comerciales, solución de controversias, excepciones, disposiciones finales yanexos y listas. (Preámbulo, Capítulos Uno y Diecinueve a Veintitrés, y los Anexos I, II y III).

El segundo, refiere los *aspectos comerciales* del Acuerdo que corresponde a trato nacional y acceso de mercancías al mercado; textiles y vestido; reglas de origen y procedimientos de origen; administración aduanera y facilitación del comercio; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al comercio; defensa comercial; contratación pública; inversión; comercio transfronterizo de servicios; servicios financieros; política de competencia, monopolios designados y empresas de Estados; telecomunicaciones; y comercio electrónico (Capítulos Dos a Quince).

El tercero, describe los *aspectos transversales*, esto es, las condiciones y disciplinas que sujetan el desarrollo del Acuerdo como son derechos de propiedad intelectual, laboral y medio ambiente (Capítulos Dieciséis a Dieciocho).

En cada una de estas partes, la Corte describe el contenido del TLC, presenta las justificaciones de la exposición de motivos y luego su concepto. En ninguno de los temas hace referencia a los planteamientos de las entidades y personas que intervinieron durante el trámite de revisión automática.

### *2.1. Alcance del control de constitucionalidad: un espejismo*

A manera de aclaración previa al estudio de fondo del TLC, La Corte Constitucional, definió el alcance del control que ejerce sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales. Fue enfática en afirmar que no le corresponde estudiar ni pronunciarse sobre los criterios de conveniencia,

oportunidad, efectividad y utilidad de los acuerdos comerciales, pues éstos corresponden a una esfera política y extranormativa que son de competencia del Presidente durante la negociación y del Congreso durante la aprobación de la ley correspondiente. Además, arguye que debido a que ni la ley ni el TLC sido aplicados, se trata de un juicio a priori, sin elementos fácticos concretos para analizar, por cuanto no puede pronunciarse sobre sus efectos eventuales.

*“En correspondencia con lo anterior, las pérdidas económicas que pudiera ocasionar determinadas medidas adoptadas en el acuerdo comercial no hacen per se inconstitucional la norma, pues ellas corresponden a los órganos de decisión política al momento del análisis de conveniencia que emana de las negociaciones propias frente a tratados complejos donde cada Estado Parte tiene que ceder parte de sus intereses con la finalidad de alcanzar el intercambio comercial.”*

Sobre los criterios para adelantar el juicio de constitucionalidad, la Corte afirma:

*“el control de éste tipo de tratados debe ejercerse de manera prudente, razonable y ponderada, juicio que deberá estar presidido de una buena dosis de autocontrol en cuanto al análisis de los documentos que integran el instrumento.”*

En cuanto a los criterios de equidad y reciprocidad,

*“se debe examinar cada disposición en el conjunto del tratado internacional, ... y, solo podrán ser declaradas inexecutable cláusulas del mismo únicamente en casos donde, de manera manifiesta y grosera vulneren la Constitución.”*

La Corte también considera que la existencia de diferentes interpretaciones o valoraciones sobre la equidad y conveniencia del Acuerdo, así como distintas alternativas hipotéticas de interpretación,

*“...lleva a reconocer la presunción de validez y de constitucionalidad del mismo, con base en el principio in dubio pro legislatoris.”*

Este principio también se llama de conservación de la legislación, y busca, frente a dudas razonables, permitir el juego democrático de la política que se expresa en las decisiones del poder legislativo. Lo que en otras palabras implica que la revisión de la constitucionalidad termina siendo formal, pues los contenidos que puedan considerarse políticos, aunque vulneren los derechos fundamentales, son beneficiarios de esta presunción. Por lo tanto, las decisiones políticas del congreso, sin cumplir el trámite de una reforma constitucional, tendrían la potestad de alterar el valor fundamental de la protección de los derechos, pilar del Estado Social de Derecho.

Particularmente, frente al criterio de equidad, retoma antecedentes jurisprudenciales que definen los plazos diferenciados en las canastas de desgra-

vación como instrumento idóneo y suficiente para garantizar la equidad del acuerdo en consideración a las asimetrías derivadas del nivel de desarrollo y crecimiento económico de los países firmantes. Este tipo de mecanismo, a su juicio garantiza también la reciprocidad.

Afirma también

*“...en cuanto a normas que puedan restringir derechos fundamentales deberán superar un test de razonabilidad; que los fines sean constitucionales y que las restricciones sean adecuadas, a fin de declarar su exequibilidad.”*

No obstante, la Corte eludió aplicar el test de razonabilidad pues en toda la providencia solamente revisa aspectos formales so pena de invadir la competencia del Presidente y del Congreso.

La Corte Constitucional, a nuestro juicio, asume la competencia sobre el contenido del TLC y su ley aprobatoria pero elude estudiar su contenido al desconocer que el ejercicio de las potestades presidenciales en las relaciones internacionales, aun cuando puedan obedecer al principio de internacionalización de la economía, pueden poner en riesgo los derechos fundamentales. O dicho de otra forma, la competencia para establecer las relaciones internacionales no genera per se un juicio de constitucionalidad favorable a cualquier compromiso que adquiera el Gobierno.

Los parámetros fijados por la Constitución para el desarrollo de las relaciones internacionales son claros y son esenciales al momento de estudiar la constitucionalidad de los tratados y sus leyes aprobatorias, pues dichos criterios constituyen la garantía de la primacía del interés general y la soberanía del pueblo en las relaciones con otros Estados. Es más, dado que la Corte Constitucional acepta que tiene como marco de análisis el bloque de constitucionalidad que da fuerza supralegal a las normas internacionales de derechos humanos, debe entonces incorporar no el criterio de la prudencia en las decisiones, sino privilegiar la prevención de las afectaciones a los derechos fundamentales que puedan derivarse de los acuerdos comerciales y sus leyes aprobatorias.

La aplicación de la teoría de la ponderación, en el sistema jurídico colombiano, como Estado Social de Derecho significa que “lo que se respetará por encima de cualquier otro presupuesto dentro de la concepción del nuevo modelo de estado, son los derechos fundamentales; se reitera, la jurisprudencia constitucional colombiana a la hora de interpretar y aplicar nuestro ordenamiento jurídico le da mayor valor a los principios de los derechos fundamentales que a los otros principios.”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Vega Arenas, Johana. La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo. Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. En <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/987/7/52454977.pdf>

En términos de la sentencia C-150 de 2003, la misma Corte Constitucional ha expresado:

*“La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender.”<sup>13</sup>*

Por lo tanto, la revisión de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias debe verificar si las disposiciones incluidas, son armónicas o no con estos contenidos del principio del Estado Social de Derecho. Esta consideración debe hacerla el Presidente, el Congreso y finalmente la Corte Constitucional. Pronunciarse al respecto no es una usurpación de competencia al Presidente ni al Congreso, sino el cumplimiento de la función que a la Corte le asigna la Carta fundamental.

La delegación de este tipo de juicio a otras instancias judiciales o administrativas durante la aplicación del TLC y su ley aprobatoria, frente a evidencias fácticas fácilmente comprobables por la Corte en el proceso de estudio de la constitucionalidad constituye una omisión éticamente cuestionable puesto que expone al pueblo a violaciones o ataques a sus derechos previsibles y por lo mismo evitables.

La mera inclusión de mecanismos que podrían garantizar la equidad y la reciprocidad no es suficiente para predicar el cumplimiento de estos dos criterios, pues ellos deben adecuarse a la situación concreta de los países que suscriben el TLC. Si la Corte Constitucional elude el estudio de fondo sobre su efectividad renuncia a su deber de garantizar el respeto a los derechos que ordena la Constitución y los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Dado que no existen un criterio o norma superior que defina los mecanismos técnicos que deben contener los tratados comerciales para asegurar que el Estado pueda cumplir con sus fines, en cada oportunidad corresponde a la Corte revisar no solamente que dichos mecanismos existan y sino que además sean suficientes y efectivos. No sobra recordar que la Constitución Política establece que en las actuaciones de la rama judicial debe prevalecer el derecho sustancial<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> C-150-2003, MP Manuel José Cepeda.

<sup>14</sup> Art. 228 CN.

## 2.2 Solución de controversias

Las disposiciones sobre mecanismos de solución de controversias dentro del TLC son las que mayor impacto negativo tienen para la soberanía del pueblo colombiano al permitir que el Estado pueda ser demandado por inversores estadounidenses ante instancias internacionales de arbitramento, sin exigir el agotamiento previo de las instancias internas y con un marco jurídico meramente comercial. Durante el debate de control constitucional, Dejusticia, Recalca y Asinfar presentaron los siguientes argumentos.

### De Justicia

El sistema privado de solución de controversias por medio de tribunales “inversionista-Estado” viola diversas disposiciones constitucionales al establecerse como mecanismos permanente de solución de controversias sobre inversiones. Este sistema “desconoce la prohibición superior que los particulares sean investidos permanentemente de la función de administrar justicia en condiciones de árbitros (art. 116 superior); las facultades esenciales del poder judicial (art. 228 superior), particularmente la autonomía e independencia judicial (art. 230 superior); el principio de soberanía al desaparecer la subsidiariedad característica de las jurisdicciones no estatales; el principio de la primacía del interés general sobre el particular (arts. 1, 58 y 366 CP); el derecho al debido proceso (art. 29 CP) y el derecho a la igualdad (art. 13 CP).

Cuando el Estado acepta resolver las controversias ante tribunales internacionales de arbitramento, se obliga a renunciar a otros mecanismos de solución de controversias tanto nacionales como internacionales. Se limita la posibilidad de resolver los asuntos internos de manera soberana antes de ser juzgado por tribunales supraestatales. Los jueces ya no están sometidos solamente al imperio de la ley sino a las decisiones de árbitros privados. Igualmente, el Estado y sus funcionarios gozan de menos garantías en el tribunal internacional que las que tendrían en la jurisdicción nacional. Además, los tribunales al funcionar en el ámbito privado implican que no son conducidos por el principio de prevalencia del interés público. Están privados de todo control ciudadano que atenta contra el principio de publicidad. Puede tener efectos discriminatorios en su aplicación en relación con el acceso privilegiado a la justicia ya que si bien los nacionales no son titulares de los derechos sustanciales contenidos en la primera parte del Capítulo de inversiones, en la práctica pueden presentarse acciones similares del Estado con efectos dañinos similares, pero que reciben una solución judicial diferente y más beneficiosa para el inversionista extranjero que para el nacional.

## RECALCA

El artículo 21.3 del Acuerdo vulnera el artículo 9 superior, porque contradice la doctrina Calvo, según la cual *“la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros” (artículo 15 de la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA)*. Por su parte, los artículos 21.6 y sucesivos como otros (sección B del Capítulo Diez, artículo 10.16, artículo 10.17), excluyen la jurisdicción nacional y, por consiguiente, vulneran la doctrina Calvo. Estima que la aprobación del Acuerdo implica el riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones dispuestas por tribunales privados ajenos al control de la estructura jurisdiccional colombiana, lo cual es *“sumamente inconveniente para el país si se tiene en cuenta que en el párrafo 3 del Anexo 10-B del Acuerdo se introduce el concepto de expropiación indirecta, en virtud del cual prácticamente todos los actos legítimos de cualquier autoridad pública pueden considerarse una expropiación y por ende constituirse en fuente de obligación indemnizatoria. Circunstancia que se ve agravada por el hecho de que el Estado se verá abocado al pago no solo del detrimento cierto de la inversión sino incluso el pago hasta de la expectativa de obtener ganancias o utilidades, pues la definición de inversión que se encuentra en el Artículo 10.28 cubre la expectativa de obtener ganancias o utilidades, un concepto ajeno al concepto de propiedad en el derecho civil y antológicamente extraño a la Constitución”*.

La sección B del Capítulo Diez y el Capítulo Veintiuno del Acuerdo vulneran los artículos 113 y 228 de la Constitución, porque excluyen la injerencia del poder judicial del Estado, usurpando la función pública de administrar justicia y desconociendo la estructura del Estado fundamentada en la tridivisión del poder. El artículo 10.22 del Acuerdo establece una excepción respecto al artículo 4 de la Constitución, *“en virtud de la cual los inversionistas de origen estadounidense están exentos de acatar la Carta y las leyes de Colombia, permitiéndole a dichos inversionistas o empresarios demandar al Estado colombiano al margen no solo de la jurisdicción sino de la Constitución y la legislación nacional”*.

## ASINFAR

En relación con el artículo 21.2, literal c), que establece la figura de anulación o menoscabo, algunas expresiones referidas a la propiedad intelectual resultan inconstitucionales porque además de vulnerar los artículos 11, 49, 150-16, 189-2 y 241-10 de la Constitución, contrarían el principio



de progresividad en el acceso a los medicamentos toda vez que en muchas circunstancias no podrán implementarse políticas que garanticen el acceso a medicamentos de manera constante si se contraponen con una expectativa de lucro de una compañía farmacéutica de los Estados Unidos. Expone que bajo la figura de la anulación y menoscabo Colombia “se verá expuesta a enfrentar demandas de Estados Unidos y a perder las mismas por faltar a obligaciones que no están dentro del acuerdo, es decir, por obligaciones que no fueron negociadas por el ejecutivo en este TLC, tampoco aprobadas por el Congreso y ni revisadas por la Corte Constitucional, con lo cual surgirán un cúmulo de obligaciones nuevas y desconocidas para el país, que no surtieron el trámite constitucional colombiano, lo que *significa ni más ni menos, que se forman estas nuevas obligaciones sin necesidad de que el Estado colombiano haya participado otorgando el consentimiento sobre las mismas. Quien decidirá en últimas las nuevas obligaciones no pactadas por Colombia serán los árbitros internacionales que conozcan de las demandas y no el Estado colombiano*”.

Recuerda que una de las controversias que ha generado la anulación o menoscabo en el marco de los ADPIC es la ambigüedad de lo que se entiende por “ventaja”, que en el caso en concreto se equipara al término “beneficio”, lo cual cobra importancia en el presente Acuerdo ya que los Estados Partes han expresado entendimientos diametralmente opuestos en cuanto a la definición de ventaja o beneficio. Concluye señalando que la figura de la anulación o menoscabo socava la facultad regulatoria del Estado atendiendo que coloca en tela de juicio cualquier medida que el Gobierno colombiano pretenda adoptar en materia de propiedad intelectual, aún cuando persiga proteger la visa y la salud pública.

Los argumentos centrales de la Corte Constitucional para declarar la constitucionalidad de las disposiciones relativas a la solución de controversias pueden sintetizarse así.

Mecanismos como los previstos para prevenir o solucionar controversias relativas a la interpretación o aplicación del TLC ya han sido avalados por la Corte Constitucional puesto que buscan

*“fortalecer la integración económica (arts. 9, 116, 226 y 227 de la Constitución) a través de la solución pacífica de los conflictos al interior de los acuerdos de liberalización comercial<sup>15</sup>.”*

*“En relación con la anulación o menoscabo contenida en el ámbito de aplicación del Capítulo,.. cabe recordar que cláusulas similares han sido*

---

<sup>15</sup> Ver, sentencia C-178 de 1995.

avaladas constitucionalmente por la Corte en las sentencias C-178 de 1995<sup>16</sup> y C-564 de 1992<sup>17</sup>.

“En el presente caso, las partes acordaron que ninguno de los Estados Parte está impedido de adoptar las medidas que considere necesarias para el manejo de sus asuntos internos y la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Sin embargo, tales medidas pueden originar controversias entre las Partes, por dos vías: (i) cuando una de ellas adopta medidas incompatibles con el Acuerdo, y (ii) las adopta, aún siendo compatibles con el Acuerdo, y por ésta razón anula o menoscaba un beneficio que la otra Parte razonablemente pudiera haber esperado recibir bajo ciertos Capítulos del Acuerdo, controversia que puede implicar la suspensión de la aplicación de beneficios de efecto equivalente con respecto a la Parte demandada, o el pago a la Parte reclamante de una contribución pecuniaria a manera de compensación.

Las mencionadas cláusulas deben entenderse conforme a los lineamientos instituidos en el Preámbulo que garantiza entre otros los derechos laborales y el medio ambiente, como también de su articulado que protege la salud pública en aras del interés general que pudiera verse implicado en las controversias que pudieran suscitarse. Tampoco, puede desatenderse que el Preámbulo preserva para los Estados Partes su capacidad para salvaguardar el bienestar público.

Además, si bien es cierto que las Partes de un Acuerdo comercial pueden convenir de manera autónoma mecanismos de solución de controversias, en los términos y para los fines del tratado, ello no implica la posibilidad de modificación de la Constitución, por lo, que de todas maneras, queda reservada la jurisdicción interna permanente del Estado colombiano para la protección de los derechos constitucionales como la salud, los laborales mínimos, el medio ambiente, entre otros, y tampoco queda enervada la potestad normativa del nuestro Estado para las regulaciones internas o la renegociación del tratado en un futuro.

En relación con las condiciones y procedimientos establecidos sobre el Panel, como la lista de panelistas, su calificación y selección, la Corte encuentra que compatibiliza con la Constitución Política por cuanto establece un trámite adecuado y pertinente que garantiza la representación equitativa y la libre voluntad para su designación por los Estados Partes que tiende a repercutir favorablemente en la integración comercial (arts. 9, 29, 226 y 227 de la Constitución).

Las reglas modelo de procedimiento que se establecen para la solución de controversias consistentes en una audiencia, alegatos iniciales y de réplica, publicidad de actos, solicitudes de entidades no gubernamentales para presentar opiniones, protección de información confidencial, presentar y recibir peticiones escritas y presentar y oír argumentos orales, realiza-

<sup>16</sup> M.P. Fabio Morón Díaz. Tratado de Libre Comercio entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela.

<sup>17</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre países en desarrollo.

*ción de las audiencias en la capital de la Parte reclamada, entre otras; la participación de terceros; función de los expertos, informes inicial y final; y cumplimiento del informe final no contrarían el ordenamiento constitucional toda vez que propenden por garantizar el debido proceso, la defensa, la contradicción, la publicidad y la imparcialidad en el marco de la igualdad de condiciones entre los Estados Partes (arts. 9, 29, 226 y 227 de la Constitución).*

*En cuanto al incumplimiento-suspensión de beneficios resulta conforme a la Constitución al constituirse en una medida coercitiva respecto al cumplimiento de la determinación adoptada por el Panel. Así pretende otorgarse efectividad al mecanismo de solución de controversias frente al incumplimiento de las obligaciones impuestas.*

*La revisión del cumplimiento no contraría mandato constitucional alguno al pretender restablecer sin demora los beneficios suspendidos cuando se ha eliminado la desconformidad o la anulación o menoscabo. Y la revisión quinquenal se constituye en un mecanismo de consolidación del funcionamiento y efectividad de los artículos 21.16 y 21.17.*

Sobre procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas considera la Corte que:

*“Las anteriores disposiciones no contrarían la Constitución al constituir un reflejo del mecanismo de solución de controversias que se establece en el presente Capítulo en el ámbito de las relaciones comerciales privadas e internacionales bajo las garantías del debido proceso, cuando la controversia sobre la interpretación o la aplicación del Acuerdo surja de un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte (arts. 9, 29, 116, 226 y 227 de la Constitución).*

En conclusión, la Corte considera suficiente soporte de la constitucionalidad que haya precedentes sobre mecanismos similares y que no se reforme la Constitución de manera evidente al suprimir el sistema judicial colombiano. Ninguno de los argumentos presentados por las organizaciones antes mencionadas fue analizado en el fallo. Entonces, puede deducirse que para la Corte, se ajusta a la Constitución la creación legal de una nueva jurisdicción que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo criterios de interpretación diferentes a los contenidos en la Constitución Nacional, la cual, parece ser reemplazada por el Preámbulo del Acuerdo.

Los procedimientos establecidos, a juicio de la Corte, garantizan el debido proceso, pero no explica la Corte, la posibilidad real de que se garanticen otros principios como los de publicidad, gratuidad de las actuaciones judiciales e igualdad de las partes en el acceso a la justicia.

Sobre el sometimiento de los inversores estadounidenses a la legislación y jurisdicción colombiana, la Corte nada dice de manera explícita. La calificación genérica de constitucionalidad constituye el abandono de la Doctrina

Calvo, según la cual, como una expresión de la soberanía de los estados, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están obligados a cumplir con la legislación del país donde se encuentran.<sup>18</sup>

Las implicaciones de la doctrina Calvo en el derecho internacional han sido fundamentales para reivindicar la igualdad de los estados, el principio de no intervención, e inclusive las “medidas legislativas, y de otras que pudieran dictarse en el futuro para controlar las inversiones que vienen del exterior y sus efectos nocivos”<sup>19</sup>

Lo paradójico es que bajo las cláusulas de trato nacional o las relativas al arreglo de diferencias, las empresas multinacionales ya no quieren, como en el siglo XIX la aplicación del tratamiento diplomático que permitía eludir la legislación del país receptor, sino que han estructurado una institucionalidad paralela a la estatal nacional y multilateral, en la cual, las normas aplicables se apartan no sólo de las legislaciones nacionales, sino del derecho internacional de los derechos humanos. En estos escenarios, adquieren una personería igual a la que tiene un Estado, o quizás los Estados pierden su personería jurídica como sujetos del derecho internacional. Las decisiones públicas de los Estados son juzgadas no a la luz de las obligaciones que los Estados tienen para con su pueblo, sino frente a las expectativas económicas particulares de una empresa privada de alcance internacional. En otras palabras, el Estado pierde la jurisdicción frente a la inversión extranjera y pierde el marco normativo público constitucional y legislativo.

Sin lugar a dudas, la incorporación de estas cláusulas o mecanismos en los acuerdos internacionales suprime potestades que emanan de la soberanía. No se reconoce de esta forma, pero el resultado objetivo es así. Los conflictos inversor-Estado ya resueltos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI<sup>20</sup> han demostrado que aunque los Estados preserven formalmente su ordenamiento jurídico interno, estas cláusulas condicionan su potestad regulatoria por el carácter disuasivo que genera el temor a ser demandado por un inversor extranjero y el costo económico de las indemnizaciones que usualmente logran obtener. Además, dadas las asimetrías entre las empresas de uno y otro país, no se garantiza el mismo derecho para los inversores colombianos respecto de Estados Unidos, gene-

<sup>18</sup> Sepúlveda César, Martínez Báez Antonio, García Robles Alfonso. CARLOS CALVO. Tres ensayos mexicanos. Secretaría de Relaciones Exteriores. Tlatelolco, México. 1974.

<sup>19</sup> Ibid. Pag. 33

<sup>20</sup> En Colombia, aprobado por la Ley 267 de 1996. El CIADI fue creado en 1966 por 20 países, pero hacia 2006 ya eran 143 los que habían suscrito este Convenio. El CIADI opera dentro de la esfera del Grupo del Banco Mundial (BM), aunque se trata de una organización autónoma. Su finalidad es la de ser un centro de tribunales arbitrales para resolver cuestiones de contratos privados sobre inversiones. <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/tallerciadi.pdf>.

rando desigualdad entre los inversores de los dos países. Pero esta realidad de a puño tampoco fue considerada por la Corte, que en su análisis abstracto, se abstiene, adrede, de tener en cuenta la realidad de desequilibrios económicos que ha acentuado la globalización.

Quizá la Corte Constitucional da la espalda a esta realidad dado que el Estado colombiano aún no ha sido condenado por uno de estas instancias de solución de controversias. O desestima antecedentes del derecho comparado que permiten analizar el efecto práctico de estas cláusulas. Lo cierto es que en el caso de que esto sucediera a raíz de la implementación del TLC, los representantes del pueblo soberano deberían asumir la responsabilidad política, económica y penal por haber cedido la soberanía que no sin esfuerzo, en el proceso de conformación de los Estados en América Latina se logró estructurar y fortalecer con principios y conceptos como la Doctrina Calvo.

La cesión de soberanía en instancias judiciales internacionales multilaterales supone el agotamiento de las vías internas, como un reconocimiento a la soberanía de los países. Ni el sistema de las Naciones Unidas, ni el sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, por ejemplo, puede operar sin que el o la accionante demuestre que agotó todos los recursos internos para la protección de sus derechos. Dotar a los inversores extranjeros de la potestad de acudir directamente a instancias internacionales privadas, es cierto, no deroga las instituciones judiciales colombianas pero las deja sin operatividad, a voluntad de una persona extranjera.

La Corte, con el peso de su aporte a la concreción del Estado Social de Derecho no se preguntó, por ejemplo, sobre la operatividad de la acción de tutela o de las acciones populares frente a las decisiones de estas instancias de solución de controversias.

### *2.3 Expropiación indirecta: la propiedad sin función social*

*“Lo importante del tratado no es el comercio, sino la inversión. La inversión extranjera recibe en el TLC unas protecciones y garantías que llevarán a nuevas empresas estadounidenses a mirar a Colombia. Lo que genera empleo y modernización tecnológica es la inversión adicional.”<sup>21</sup>*

La incorporación en el TLC de la expropiación indirecta es una de las mayores garantías otorgadas a la inversión. Consiste en, *“un acto o una serie de actos de una Parte tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio al Estado, pues*

---

<sup>21</sup> Gómez Martínez, Miguek. ¿TLC o TLI?. Portafolio. 1-11.2011. <http://www.portafolio.co/columnistas/tlc-o-tli>

*se trata de compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tenía expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustradas por la nueva regulación.”* Es decir, si por efecto de una norma colombiana un inversionista estadounidense ve restringida su expectativa de ganancia en un sector económico, queda habilitado para pedir una indemnización, en los términos previstos por el TLC.

La Corte resumió de esta manera los argumentos que presentaron las organizaciones para sustentar la inconstitucionalidad de esta disposición:

### De Justicia

En cuanto a las expropiaciones indirectas viola el principio de primacía del interés general sobre el particular (arts. 1, 58 y 336 CP), el derecho a la igualdad (art. 13 CP) y la capacidad regulatoria del Estado (art. 334 CP) respecto a derechos fundamentales como la salud y el medio ambiente (arts. 44 y 49, y 78 CP). En lo concerniente a las expropiaciones indirectas se exponen como razones principales de inconstitucionalidad que a) los mayores derechos de los inversionistas extranjeros frente a los nacionales vulneran el principio de interés público y el derecho a la igualdad, y b) la “parálisis regulatoria” menoscaba la capacidad regulatoria del Estado y las políticas de interés público en materia como la salud, medio ambiente y servicio público. La expropiación indirecta confiere a los inversionistas extranjeros derechos que atentan el interés general. Otorga a los inversionistas derechos más amplios que los conferidos a los inversionistas nacionales. Los inversionistas extranjeros y las empresas multinacionales tienen la posibilidad de incoar demandas ante tribunales internacionales de arbitramento contra las regulaciones expropiatorias y exigir indemnizaciones bajo el argumento que constituyen expropiaciones indirectas. De igual modo, por miedo a que las actuaciones o decisiones sean tildadas como expropiaciones indirectas por las empresas extranjeras, los funcionarios públicos pueden abstenerse de regular entrando en una parálisis regulatoria que atenta la potestad regulatoria del Estado y perjudica la garantía de derechos económicos, sociales y culturales.

### RECALCA

El artículo 10.28 del Acuerdo desconoce el artículo 13 de la Constitución, por cuanto al definir el concepto de inversión incluye la expectativa de obtener ganancias o utilidades y la asunción del riesgo. De declararse exequible el tratado, para garantizar el postulado de igualdad hacia futuro el Estado colombiano tendría que implementar medidas de protección

no sólo de la propiedad como tal, sino además las meras expectativas de ganancias de todos los colombianos, lo cual resulta inconveniente para el interés nacional.

Sostiene que el Anexo 10-B del Acuerdo vulnera el artículo 2 de la Constitución, al introducir un término cuyo concepto encuentra extraño a la equidad y la tradición jurídica como lo es la expropiación indirecta, que abre la posibilidad de que cualquier medida legítima del Estado se considere una expropiación. Ello interfiere con la autonomía del Estado y defensa de los derechos humanos, pues, si las medidas que se adopten en procura de los derechos llegan a interferir con la expectativa de ganancia de las inversiones el Estado está obligado a indemnizar. Esboza que en un Estado social de derecho las medidas que adopten para garantizar de manera efectiva los derechos humanos no pueden condicionarse a la intangibilidad e inmunidad de las inversiones. Precisa que *“el Acuerdo crea un marco regulatorio rígido, inamovible, orienta única y exclusivamente a salvaguardar no solo la inversión como tal sino las ganancias y hasta las expectativas de ganancias de la misma, dejando al Estado colombiano abocado a compensar económicamente a los inversionistas e inversiones estadounidenses cada vez que el Estado adopte una medida que se considere inconveniente para sus intereses”*.

El artículo 10.28 del Acuerdo vulnera el inciso segundo del artículo 2º de la Carta. Sostiene que de aprobar el Acuerdo las autoridades de la República tendrían la obligación de garantizar a los inversionistas extranjeros las meras expectativas de ganancias con lo cual se desborda la misión institucional. Aduce que el Anexo 10-B vulnera el artículo 90 de la Constitución, porque la expropiación indirecta crea la obligación para el Estado de responder patrimonialmente ahora no por daños antijurídicos sino por cualquier medida legítima del Estado que interfiera de manera directa o indirecta en las inversiones y/o expectativas de ganancia de las mismas. También, se desconoce el artículo 333 de la Constitución, por cuanto el concepto de expropiación indirecta obliga al Estado a abstenerse de adoptar medidas que interfieran con la inversión so pena de indemnización.

Por su parte, respecto de la definición del concepto de inversión, la Corte consideró:

*“La Corte no encuentra respecto a esta disposición contrariedad alguna con la Constitución, al limitarse a señalar el ámbito de aplicación del Capítulo de inversión.”*

La Corte no estudió la implicación de la definición, ni la contrastó con las normas constitucionales. Reitera de forma necia una interpretación que amplía el contenido del derecho a la propiedad en desmedro de su función social y de la potestad del Estado de restringirla en pro de la utilidad pública o el interés

social. Esta es una de las disposiciones que de forma “*manifiesta y grosera*”, en términos de la misma Corte, contravienen el texto de la Constitución Política. Es así inexplicable que la redefinición del derecho a la propiedad, con todas sus implicaciones, sea avalado por la Corte al interpretarlo como el “ámbito de aplicación” como si se tratara de un asunto de competencia o procedimental y no con los efectos en el derecho sustantivo.

Frente a la expropiación indirecta la Corte considera que es constitucional porque:

*“En relación con la expropiación indirecta cabe recordar que, (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental. (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.*

*Expropiación indirecta que ha sido avalada constitucionalmente por esta Corporación en sentencia C-294 de 2002..*

*(...)*

*No debe olvidarse que salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para la protección de objetivos legítimos de bienestar público como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. (se subraya)*

*Tampoco, puede desconocerse la previsión del numeral 6 del artículo 22.3, tributación (expropiación e indemnización), contenido en el Capítulo Veintidós sobre excepciones al presente Acuerdo.*

*Cabe aclarar también, que si bien según el artículo 58 de la Constitución podrá existir expropiación directa mediante sentencia judicial e indemnización previa, no constituirán expropiaciones indirectas las decisiones judiciales de la jurisdicción de Estado, que mediando el debido proceso, resuelvan sobre asuntos relacionados con la propiedad, al no provenir de actos gubernamentales.*

*De esta manera, la expropiación indirecta por actos gubernamentales hace parte del marco constitucional del artículo 58, al confirmar la garantía de la propiedad privada aplicable sin discriminación a nacionales y extranjeros, por lo cual se declarará la exequibilidad de esta disposición al no contrariar la Carta Política (arts. 9, 58, 226 y 227).*



Nuevamente, los argumentos presentados para sustentar las contradicciones del TLC con las disposiciones constitucionales no fueron analizados. Basta para la Corte Constitucional referir el antecedente jurisprudencial. Dado que se refiere específicamente a la situación excepcional en que las regulaciones sobre “la salud pública, la seguridad y el medio ambiente” pueden ser consideradas expropiación indirecta, y que no existe una definición de dichas situaciones en el texto del TLC cabe preguntarse, por qué frente a este vacío normativo nada dice la Corte Constitucional. Es evidente que en el Estado Social de Derecho no cabe este tipo de excepciones *in genere* puesto que se trata de derechos fundamentales y colectivos que priman sobre los demás principios y normas del ordenamiento jurídico y por ende, las situaciones de excepción deben ser taxativas.

Este enunciado abstracto de las situaciones en que las regulaciones pueden considerarse como expropiación indirecta puede convertirse ya no en una situación de excepción sino en la habitual. ¿Cuál instancia tiene la competencia para definir que se está en presencia o no de un caso excepcional? La Corte Constitucional no identificó, dentro del texto del TLC, ni la autoridad ni el procedimiento que permitiera establecer de manera restrictiva estos eventos. Amparada en el análisis abstracto del TLC, pasó por alto esta omisión que de manera “*manifestata y grosera*”, en sus propios términos, vulnera la Constitución.”

Es evidente que esta norma no se aplicará a las empresas colombianas, pues la posibilidad de demandar al Estado Colombiano por perjuicios ocasionados por disposiciones de normas de carácter general no existe en el ordenamiento jurídico colombiano por lo cual es clara la violación al derecho a la igualdad. Y la Corte afirma que podrían vulnerarse derechos fundamentales y que frente a ellos la ciudadanía cuenta con mecanismos judiciales de defensa.

Si la Corte afirma que las pérdidas económicas que se presenten en el país, por sé, no vician la constitucionalidad del TLC, la imposibilidad de que los inversores colombianos, sean personas naturales o jurídicas, tengan acceso a mecanismos judiciales para obtener la indemnización por el menoscabo de su patrimonio tacha la constitucionalidad del TLC.

La Corte no hizo ninguna ponderación entre los derechos de los inversores estadounidenses, de una parte, y los del Estado e inversores colombianos, simplemente omitió en su análisis abstracto, analizar, considerar, sopesar si había o no garantías para los intereses públicos y privados colombianos. Y estaba obligada a ello, porque la Constitución así lo establece y contó con los insumos argumentativos de las organizaciones que le demostraban estas vulneraciones a la Carta, pese a los antecedentes jurisprudenciales. La Corte, si bien tiene el poder de unificar la jurisprudencia, también tiene la potestad de modificarla, en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales, pilares del Estado Social de Derecho.

## 2.4 *Derechos de las mujeres*

Como se señaló atrás, los argumentos presentados por Sisma Mujer con la coadyuvancia de la Asociación para el desarrollo integral de la mujer, la juventud y la infancia ASOMUJER Y TRABAJO, el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, la Corporación Cactus, la Red Internacional de Género y Comercio Capítulo Latinoamérica-Punto Focal Colombia y la Fundación para la Formación de Líderes Afrocolombianos AFROLIDER, en el sentido de solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad del TLC y su ley aprobatoria por violar el artículo 4 de la CEDAW, en tanto que en ningún momento del proceso de negociación y ratificación del TLC fueron consideradas las afectaciones a los derechos de las mujeres que podría generar este acuerdo, como lo dispone tal instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte no desvirtuó las afirmaciones y argumentos presentados, o en otras palabras, no demostró cómo, a través de qué cláusulas o disposiciones el TLC constituye una política o herramienta para la superación de la discriminación para las mujeres. Es más, tampoco se pronunció sobre el efecto jurídico de la Recomendación del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer produjo en su 37º período de sesiones en Washington en enero de 2007 y que específicamente expresa: "...Así mismo, sugiere que el Estado Parte estudie el efecto de los acuerdos de libre comercio en las condiciones socioeconómicas de la mujer y examine la posibilidad de adoptar medidas compensatorias que tomen en cuenta sus derechos humanos."

No estudió la Corte, aunque así lo solicitaron las organizaciones y mujeres intervinientes, que las disposiciones relativas al a inversión, al trato nacional, a los requisitos de desempeño, minarían la capacidad del Estado de expedir normas y políticas de discriminación afirmativa en pro de hacer efectivo el derecho a la igualdad de las mujeres por lo cual violaría los compromisos adquiridos en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incorporado a la legislación colombiana por la Ley 51 de 1981 y que en múltiples jurisprudencias se ha declarado que forma parte del bloque de constitucionalidad.

Frente a realidades como el desplazamiento forzado, la penalización del aborto, la protección de las trabajadoras gestantes, la Corte ha producido valiosa decisiones claras y concretas para mejorar la situación de discriminación y violencia que afecta a las mujeres colombianas. Pero las ignoró frente a los compromisos comerciales con Estados Unidos. O para expresarlo de otra forma, las dejó sin garantías para sus derechos.

Estarespuesta de la Corte Constitucional a la participación de las mujeres en el debate jurídico sobre el TLC demuestra que sus derechos, en el marco de los tratados de libre comercio son letra muerta. Lo fueron para el gobierno en la negociación, lo fueron para el Congreso en la aprobación y lo fueron para la Corte Constitucional en la declaratoria de exequibilidad del TLC<sup>22</sup>.

## *2.5 Propiedad intelectual*

Las disposiciones sobre propiedad intelectual generaron muchos debates en el país por su impacto en el derecho a la salud. Organizaciones expertas, con reconocimiento nacional e internacional, catalogaron la propuesta inicial de negociación como un ADPIC (Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) plus<sup>23</sup>. La sensibilidad de este tema y particularmente la presión del partido demócrata de Estados Unidos al presidente Bush incidió en que se redactara, por su iniciativa y sin negociación real, un protocolo modificadorio del TLC para restringir algunas de sus disposiciones. El Protocolo fue aprobado por el congreso colombiano mediante la ley 1166 de 2007 y el estudio de su constitucionalidad se realizó de manera separada al del TLC, pese a que diversas organizaciones solicitaron la acumulación de los dos trámites. Revisaremos los argumentos frente a las disposiciones que no fueron modificadas de manera sustancial por el Protocolo modificadorio.

### *2.5.1. Protección de datos de prueba, extensión por demoras y vínculo entre patente y registro.*

Alianza de Organizaciones no Gubernamentales integrada por las fundaciones IFARMA, MISIÓN SALUD Y ACCIÓN INTERNACIONAL POR LA SALUD AIS.

---

<sup>22</sup> Rangel Fonseca, Laura Esperanza y otros. Los derechos de las mujeres y el TLC: letra muerta o compromiso. En TLC ¿Es constitucioal?.Ilsa. Bogotá. 2008.

<sup>23</sup> "Reconozco que el TLC pudo ser peor, ya que la propuesta original de Estados Unidos comprendía todos los extremos imaginables, como las patentes de segundos usos terapéuticos, las patentes de métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, y las patentes de animales, todo lo cual fue retirado por la Oficina del Representante Comercial (USTR) a lo largo del proceso de negociación. Pero la verdad es que lo que quedó plasmado en el texto original no es bueno para la salud de los colombianos." Estado debe incentivar producción de genéricos": Germán Holguín Zamorano. El país, 30 de octubre de 2011, <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/estado-debe-incentivar-produccion-genericos-german-holguin-zamorano>

Se viola el artículo 150-16 de la Constitución toda vez que el Congreso aprobó el texto del tratado sin formular las reservas y las declaraciones interpretativas sobre el capítulo de propiedad intelectual en las disposiciones que son aplicables a los medicamentos y demás productos farmacéuticos por desconocer la Constitución.

Respecto a la violación del artículo 49 superior, las concesiones otorgadas en el capítulo de propiedad intelectual se constituyen en un obstáculo al acceso de los medicamentos desconociendo directamente el derecho a la salud como extensión del derecho fundamental a la vida. Nuevas medidas de protección de la propiedad intelectual incrementarían el tiempo, número y tipo de productos susceptibles de protección, o el ámbito de la protección, con lo cual los ciudadanos y el sistema de salud tendrían que incrementar sus gastos en medicamentos. Plantea que *“Estos incrementos en el gasto constituirían una restricción al acceso, por cuanto en salud, quien necesita un medicamento usualmente no puede posponer la satisfacción de la necesidad sin asumir riesgos que pueden significar sufrimiento, secuelas o incluso, afectar la supervivencia. Podrá, en función de su ingreso, posponer la satisfacción de otras necesidades, pero solo hasta un cierto nivel, que en el caso de los más pobres (una significativa proporción de los colombianos) es precario. Tal vez por eso, hasta los años 90, muchos países en el mundo no otorgaban patentes a medicamentos. Países en desarrollo como el caso de Colombia, pero también países como Italia, España y la India”*.

## De Justicia

El problema de constitucionalidad que presentan dichas cláusulas es que aunque fueron enmendadas por el Protocolo Modificatorio desconocen el derecho fundamental a la salud toda vez que constituyen una barrera a la entrada de genéricos y un consecuente incremento en el precio de los medicamentos, que acarrea un mayor gasto y, por tanto, una menor capacidad del Estado para garantizar el acceso a las medicinas y de los ciudadanos para adquirirlas por su cuenta. Ello impide que los medicamentos estén al alcance de todos, vulnerando i) el componente esencial de asequibilidad del derecho a la salud, ii) siendo los más afectados los sectores de menos recursos significan una violación al componente de no discriminación del derecho a la salud, y iii) sus efectos constituyen un desconocimiento del principio de progresividad toda vez que las medidas implican un retroceso frente al nivel de protección alcanzado. En cuanto a la compensación por demoras injustificadas se indica que la extensión del tiempo de vigencia de una patente (art. 16.9. a y b) demora la entrada de competidores al mercado y crea condiciones de monopolio

para el productor de la marca. La consecuencia es que los productores pueden fijar los precios que deseen, que obliga a los pacientes y al sistema nacional de salud a pagar unos precios más altos por el medicamento o impide que lo puedan adquirir del todo o en cantidades necesarias, particularmente para la población más pobre. De otra parte, el mecanismo de protección de datos con exclusividad ideado para favorecer a las multinacionales farmacéuticas al extender la duración de la patente constituye un monopolio toda vez que durante el tiempo de protección no es posible comercializar medicamentos competidores, monopolio que tiene un efecto perjudicial sobre los precios de los medicamentos. Respecto al vínculo patente-registro también es contraria a la Constitución al demorar la entrada al mercado de medicamentos genéricos, que prolonga el tiempo efectivo de protección de la patente, ocasiona un alza en los precios de los fármacos de marca por el monopolio y, por tanto, genera un incremento en el gasto en salud y la posibilidad de pérdida de acceso de los sectores de la población con menos recursos.

## ASINFAR

Solicitó declarar la inconstitucionalidad parcial del Capítulo Dieciséis sobre derechos de propiedad intelectual en cuanto a los artículos 16.9.6(a), 16.9.6(b), 16.10.1 y 16.10.3. Como fundamentos de sus pretensiones expone que el primer grupo de disposiciones vulnera directamente los artículos 11, 44 y 49 de la Constitución, el principio de progresividad frente al acceso a los medicamentos, el bloque de constitucionalidad, el principio del *iuscogens* y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos. Manifiesta que los artículos que extienden el plazo de protección para las patentes farmacéuticas por más de veinte años, plazo actual; las que extienden la protección de los derechos sobre los datos de pruebas, incluso a datos de naturaleza pública; y los mecanismos que se crean para retrasar el ingreso de genéricos al mercado vulneran los derechos a la vida y la salud que son normas imperativas del derecho internacional y hacen parte del *iuscogens*. Señala que la consecuencia de la violación de las normas imperativas en la suscripción de un acuerdo internacional es su nulidad e internamente la inconstitucionalidad de la cláusula que pretende desconocerla. Termina señalando que todos estos instrumentos internacionales dejan en claro que *“no sirve de nada, tener derecho a un grado máximo de goce de bienestar físico y mental si no se tiene los medios para alcanzarlo, o si por alguna circunstancia se limita el derecho vía la imposición de obligaciones internacionales en tratados comerciales. Y con esto nos referimos específicamente al derecho de cada persona al acceso a los medicamentos. La comunidad internacional no ha pasado desapercibida frente a este tema”*.

Estima frente a los artículos 16.9.6 a) y 16.9.6. b), que pretenden extender artificialmente el plazo de las patentes por más de veinte años, tiempo establecido en el Decisión 486 y el ADPIC de la OMC. Frente a la Decisión 486, encuentra que el derecho a la salud se ve menoscabado al producirse un retroceso en cuanto al acceso a los medicamentos de la población menos favorecida desconociendo el principio de progresividad. Al ampliarse por más de veinte años los derechos exclusivos que confiere una patente se demoran en ingresar los medicamentos genéricos al mercado reduciéndose la oferta de los mismos.

En cuanto a los artículos 16.10.1 y 16.10.3, se remite a la argumentación anterior. Añade que la redacción del artículo 16.10.1, implica otros efectos que vician parcialmente el acuerdo comercial toda vez que: i) el término “un nuevo producto farmacéutico” conlleva que la protección de datos tenga un mayor alcance y, por tanto, sea mucho más flexible. Considera evidente la distinción entre nueva entidad química y nuevo producto farmacéutico, siendo más restrictiva la primera al momento de conceder una protección que el segundo. Además, los productos similares aún cuando no sean productos nuevos o con mejoras sustanciales se verán beneficiados de dichas protecciones, todo lo cual incrementa las restricciones de la entrada al mercado de los medicamentos genéricos, menoscabando el derecho a la salud y el principio de universalidad.

Tampoco se contempla la necesidad de que la información protegida sea confidencial lo cual amplía las posibilidades para que se protejan los medicamentos conocidos o que no tienen ningún adelanto técnico que merezca protegerse. Ello implica un retroceso frente a la protección actual por cuanto *“se otorgan prerrogativas a los titulares de las patentes al permitir la extensión de su monopolio aún cuando sus patentes hayan expirado aún cuando la información haya sido divulgada públicamente. Este retroceso deviene aún más evidente al constatar sus efectos, que no son otros que retardar la entrada al mercado de medicamentos, dificultando el acceso a los mismos vía precio, de las poblaciones menos favorecidas”*. Igualmente, indica que se vulnera el derecho a la salud por no fijar excepciones como las previstas en la legislación actual. De ahí que se desconozcan los principios de progresividad y universalidad favoreciendo intereses particulares.

### Comisión Colombiana de Juristas

Lo relativo a patentes de productos farmacéuticos y protección de datos de prueba desconoce las obligaciones del Estado colombiano en lo concerniente al derecho de acceso a los medicamentos y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (arts. 49 superior; 25 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos; 2, 12 y 15 lit. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”),

El endurecimiento de las patentes conduce a la demora en el acceso al mercado de medicamentos económicos, como es el caso de los genéricos, lo que implica la dilatación del acceso a medicamentos para quienes requieren atención en salud, toda vez que los costos de marca conllevan a que su distribución no pueda generalizarse en contextos de países en desarrollo y que sean precisamente las personas en condiciones de vulnerabilidad las que tengan menos posibilidad de acceso efectivo, que se constituye en un sacrificio desmedido del derecho a la salud. Sobre las patentes farmacéuticas encuentra cuatro barreras que resultan inconstitucionales como son i) extensión irrazonable del plazo de las patentes, ii) restricción al uso del nombre genérico, iii) posibilidad de conceder patentes de usos de medicamentos, y iv) la opción de otorgar patentes para desarrollos triviales de moléculas conocidas. El TLC incorpora una serie de cláusulas sobre protección de la propiedad intelectual de productos farmacéuticos mediante patentes y exclusividad para los datos de prueba que son inconstitucionales al constituir medidas desproporcionadas para la salvaguarda de dicho derecho.

En algunos casos son inadecuadas y en otras innecesarias para garantizar los derechos morales y materiales de los titulares de las patentes o de los autores de la información que conducen a limitar la efectividad del derecho a la salud. Restricción desproporcionada que se deriva al conceder unas condiciones tan preferenciales al derecho a la propiedad intelectual, que retrasa el ingreso de medicamentos genéricos al mercado nacional prolongando el monopolio de los medicamentos de marca que por su altos costos son inaccesibles para buena parte de la población colombiana, en particular de los más vulnerables, pero también para las mismas instituciones que hacen parte del sistema de salud, en tanto ellas también deberán adquirir medicamentos de un único proveedor, con las implicaciones que en precios tiene la ausencia de competencia. Los Capítulos Dieciséis y Dieciocho evidencian la necesidad del trámite de consulta previa al contener disposiciones susceptibles de afectar a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en especial en relación con sus derechos sobre el conocimiento tradicional. TLC que debía ser consultado con las organizaciones de consumidores y usuarios

La Corte en la sentencia no se pronunció sobre las normas modificadas por el Protocolo modificadorio, es decir, los numerales 16.9.6, 16.10, 16.13. En general, sobre el capítulo expresó:

*En relación con este Capítulo, si bien se orienta a la protección y goce de los derechos de propiedad intelectual y cualquier otro beneficio derivado de dichos derechos, dado que respecto de éstos se consagran normas sobre trato nacional, siendo necesario que las Partes adjuntaran una carta de entendimiento que persigue reducir significativamente las solicitudes de patentes retrasadas a diciembre 31 de 2008, es evidente el impacto que puede tener sobre los derechos fundamentales de los colombianos.*

*“En efecto, este Capítulo deberá interpretarse a la luz de los principios y valores constitucionales y los derechos fundamentales, especialmente el de la salud, cuyo acceso debe ser garantizado por el Estado (arts.48 y 49) y el derecho a gozar de un ambiente sano, así como con el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica (art. 79). También debe desarrollarse y aplicarse con las finalidades sociales del Estado relativas al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población con objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366).”*

(...)

*Este capítulo y su carta Adjunta en materia de salud, no contradice la Constitución pues los Estados Partes conservan sus atribuciones para adoptar todas las medidas necesarias en orden a defender la salud pública y nada en el artículo contraviene o impide adoptar políticas públicas en materia de salud orientadas a reducir los costos para el acceso universal a los medicamentos, y en especial los relacionados con ciertas enfermedades, y tampoco impide la práctica de medicina alternativa. Tampoco impiden al Estado la utilización de la Solución ADPIC/Salud. Para la Corte el presente Capítulo se acompasa con el ordenamiento constitucional al conservar la potestad del Estado colombiano para garantizar los intereses superiores de la salud pública y concretamente el acceso a los medicamentos (arts. 1, 2, 49 y 61 de la Constitución). Persigue, entonces, otorgar un trato equilibrado entre la protección de la propiedad industrial y el derecho de la comunidad a acceder a productos farmacéuticos por lo cual se declarará ajustado a la Constitución (artículos 1, 2, 11, 12, 13, 44, 48, 49, 61, 78, 150-24, 189-27, 333 y 334 de la Constitución).*

*También conserva así el Estado colombiano la potestad de exclusión de patentabilidad de invenciones en aras de proteger intereses de la mayor relevancia constitucional e internacional para la humanidad como son el orden público, la moralidad, la salud y vida de las personas o animales, o para preservar los vegetales, y medio ambiente. Igualmente, podrán excluirse i) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; y ii) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. No obstante, otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, a través de un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste.*



*Cabe recordar, que si bien algunas normas comunitarias podrían excepcionalmente integrarse al bloque de constitucionalidad, como la Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, que en la sentencia C-1490 de 2000, MP Fabio Morón Díaz, se afirmó hacía parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto dicha norma regulaba los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, no por ello puede afirmarse que las normas del presente Capítulo también forman parte del bloque de constitucionalidad.*

A este punto del documento, los comentarios que quedan por hacer son pocos, o más bien los mismos. Porque a pesar de la extensión de los textos, no es fácil identificar la razón clara del argumento de constitucionalidad. Ni el test de razonabilidad, ni la teoría de la ponderación de los principios fue empleado en temas tan sensibles y directamente relacionados con los derechos fundamentales como éste de la salud. La recomendación de aplicar las disposiciones teniendo en cuenta sus efectos para el acceso a la salud parece más una expiación tibia del temor a declarar la inconstitucionalidad de estas disposiciones. La expresión “*nada impide..*” desconoce que sí hay límites en TLC, reconocidos previamente en el mismo fallo en lo relativo a la solución de controversias estado-inversor, puesto que las medidas en pro de la salud que adopte Colombia pueden generar el uso de estos mecanismos si son considerados expropiación indirecta y, como se expuso antes, no hay una clara definición sobre las excepciones aplicables.

Esta interpretación laxa de la Corte no guarda coherencia con la sentencia T-760 de 2008 en la cual “A partir de esta revisión, la Corte consideró indispensable incluir modificaciones al SGSSS que permitieran garantizar, de forma efectiva, el pleno desarrollo del derecho a la salud en Colombia. Para ello, dispuso que las autoridades del sector salud, en cabeza del Ministerio de la Protección Social, deben llevar a cabo reformas sustanciales como la revisión y actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS), la unificación de los regímenes contributivo y subsidiado, el fortalecimiento de mecanismos de supervisión y financiamiento de las EPS, la garantía de cobertura universal en salud, entre otras. Estas medidas, en su mayoría, deben ser implementadas antes del año 2010 e implican importantes cambios en la prestación de los servicios de salud, el manejo de las finanzas públicas del sector y el modelo de negocios que han desarrollado las EPS en el país.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Los retos del sistema de salud en Colombia. Boletín N° 112- Debate de coyuntura legislativa: los retos del sistema de salud en Colombia. Octubre de 2008. [http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin\\_112](http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_112)

El control de constitucionalidad de la Corte Constitucional no puede restringirse en razón de que la norma que estudie sea un tratado de comercio internacional, puesto que tiene la misma jerarquía que una ley ordinaria. El deber de protección no puede supeditarse a que se produzcan lesiones y daños que ameriten el uso de la acción de tutela, cuando las contradicciones con el ordenamiento constitucional son evidentes como lo señalaron las organizaciones intervinientes. Los enunciados contenidos en el Preámbulo del TLC y la indicación de la Corte sobre la necesidad de que el TLC se “*interprete*” de acuerdo a los contenidos constitucionales no son garantía de respeto a los derechos fundamentales. Es más, la mera posibilidad de que las disposiciones pudieran ser *interpretadas* en sentido contrario o distinto a la Constitución Política desvirtúan de tajo su exequibilidad. Frente a la posible afectación de los derechos fundamentales no cabe ninguna duda razonable que permita conferirles el carácter de constitucional, pues el deber de protección es pilar del Estado Social de Derecho según la Constitución Política. Lo contrario, equivale a modificar el concepto mismo del Estado colombiano y los contenidos de la Carta fundamental.

### 2.5.2. *Biodiversidad, patentes sobre organismos vivos y consulta previa*

#### **Comisión Colombiana de Juristas**

El tratamiento de la biodiversidad y las patentes sobre organismos vivos es inconstitucional toda vez que dentro de las obligaciones que se establecen Estados Unidos no debe suscribir el Convenio sobre Diversidad Biológica, en cambio los tratados que Colombia debe ratificar actuarían de manera desventajosa. Así mismo, se instituye que una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección, lo cual además de obligar al Estado colombiano a extender los derechos de patentes es inconstitucional por desconocer el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, como sus riquezas culturales y naturales. El entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales desconoce el deber de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7 superior). La posibilidad de acceder a los recursos genéticos mediante contrato es inconstitucional. Se abre la puerta al acceso ilegal y la apropiación de recursos estratégicos mediante contratos en lo que el Estado colombiano aparece como la parte débil frente a multinacionales con gran poder económico.

## Martha Isabel Gómez Lee

Interviene la ciudadana para impugnar el Acuerdo por falta de consulta previa y participación ambiental. Expone que las principales decisiones ambientales del TLC son en general las normas del Capítulo de asuntos ambientales y en particular i) la carta de entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales, ii) el artículo 16.9.1 y la omisión de las obligaciones del régimen jurídico de dominio de los recursos genéticos en las disciplinas generales de patentes del TLC, y iii) la inclusión del Convenio sobre diversidad biológica como un acuerdo no cubierto por el TLC, y la exclusión del Convenio 169 de la OIT del Protocolo Modificatorio firmado en Washington el 28 de junio de 2007.

Encuentra que se violan i) el principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana ante la omisión de la consulta previa que desconoció el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad (arts. 1, 2, 3, 7, 9, 13, 70, 93 y 330 de la Constitución), ii) el principio de participación ambiental garantizado por la Ley en el Capítulo X de la Ley 99 de 1993 (art. 1, 2, 3 y 79 de la Constitución), y iii) el derecho de dominio público que tiene el Estado sobre el recursos genéticos y el derecho de propiedad del componente intangible del recurso genético que tienen las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales (arts. 8, 9, 58, 63, 81-2 y 95-8 de la Constitución).

Anota que el artículo 16.9.1 y la omisión de los requisitos de divulgación conforme a la propuesta de biodiversidad presenta en el Acuerdo, vulnera el derecho de propiedad de las comunidades indígenas y locales sobre el componente intangible de los recursos genéticos. Se omite en el Capítulo de patentes los requisitos del régimen de dominio de los recursos genéticos. Expone que *“en los contratos entre proveedor y usuario de que trata la carta de entendimiento sobre Biodiversidad y conocimientos tradicionales deberán identificarse los mecanismos para proteger este conocimiento tanto si las comunidades desean entregarlo, como si prefieren no hacerlo”*. Señala que los contratos entre comunidades ancestrales y usuarios en lugar de contratos de acceso *“es una nueva forma de regulación que sí es susceptible de afectar a las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el conocimiento tradicional”*. Y agrega *“con el TLC surge una pregunta nueva ¿Quién va a representar a la Nación y al Estado colombiano en los contratos entre proveedor y usuario? El TLC no garantizó un análisis específico de estos aspectos en una consulta previa ni en un procedimiento de participación ambiental”*.

Arguye que el proceso de socialización que llevó a cabo el Gobierno no suple la obligación constitucional de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales. Indica que el proceso de participación sobre el Acuerdo no contempló los modos y procedimientos de participación ciudadana que hacen efectivo el derecho colectivo a la participación ambiental, omisión que desconoce el principio de participación ambiental. Encuentra evidente que para la negociación y trámite del Acuerdo no fue contemplado ningún mecanismo de consulta ni de participación ambiental por lo que con la exclusión de procedimientos, medios de acceso, discusión y participación en las reglas de juego del TLC, se vulneraron los derechos a ser oídos los colombianos y se desconoció el derecho a un ambiente sano. Se viola el derecho a dominio que tiene el Estado colombiano sobre los recursos genéticos y el derecho a la propiedad del componente intangible del recurso genético que tienen las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales.

Esboza que en el protocolo modificatorio las Partes sólo reconocen la importancia de los acuerdos cubiertos, en cambio, el TLC era más ambicioso, pues, cada Parte reconocía la importancia de los acuerdos multilaterales ambientales (amumas) de los cuales era parte. Considera que al haber adoptado los criterios de patentabilidad de Estados Unidos y omitido los requisitos de divulgación de Colombia se asegura jurídicamente *“el dominio de los recursos genéticos a favor de las corporaciones norteamericanas por conducto de patentes de invención concedidas en Estados Unidos. Las patentes obtenidas con base en el TLC, le otorgarán a su titular los derechos de exclusividad sobre su uso, fabricación y explotación económica. Las regalías de licencias de uso y las utilidades obtenidas por la explotación directa del producto serán exclusivamente para el titular de la patente. Esta situación jurídica es lo que se conoce como biopiratería y desconoce el derecho de los legítimos propietarios del recurso genético dentro de los cuales están el Estado colombiano (propietario de los recursos genéticos), las comunidades indígenas y locales (poseedoras del conocimiento tradicional o componente intangible del recurso genético)”*. La carta de entendimientos de biodiversidad y conocimientos tradicionales agrava el desconocimiento de la Constitución, porque el estatuto superior no contiene obligaciones taxativas de hacer o no hacer, como sí las contienen las Decisiones 391 y 486 en lo que respecta a la bioprospección y calidad del examen de las patentes para asegurar que las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.

Encuentra que la posición que se adoptó en el TLC en materia de dominio de los recursos genéticos fue la de Estados Unidos en la OMC. Agrega que el Gobierno colombiano adoptó en materia de entrada y salida del país de los recursos genéticos unas disposiciones bilaterales en el Capítulo de patentes del Acuerdo y en el Entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales que responden a los intereses ofensivos y defensivos de Estados

Unidos y no de Colombia. Precisa que *“es muy lamentable que Colombia haya aceptado adoptar en el capítulo de patentes la posición de Estados Unidos en la controversia multilateral del Consejo de los ADPIC de la OMC, con esto el gobierno colombiano renuncia a la posibilidad de la inclusión del requisito de divulgación de los recursos biológicos propuesta en el espacio multilateral de la OMC. Con esta concesión Colombia entrega el sistema de patentes a los intereses de Estados Unidos, sin que complementarlo de manera adecuada con las obligaciones que emanan del CDB”*.

Manifiesta que la interpretación de los criterios de patentabilidad de los Estados Unidos y de Colombia son diametralmente diferentes toda vez que

*“Colombia cuenta con un sistema de patentes que aplica los criterios clásicos de patentabilidad conforme a la OMC todo lo cual le permite una defensa de los recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales. Mientras que los Estados Unidos aplica los nuevos criterios de patentabilidad que están siendo reinterpretados conforme a los intereses particulares de las corporaciones privadas en las políticas públicas de ciencia y tecnología de la sociedad del conocimiento.... Los nuevos criterios de patentabilidad del artículo 16.9.1 legitiman el hurto de los recursos genéticos colombianos por conducto de las patentes por parte de las corporaciones biotecnológicas de Estados Unidos conforme a la nueva aplicación de los criterios de patentabilidad de las políticas de ciencia y tecnología de Estados Unidos. Son las corporaciones dueñas de la biotecnología las que pueden manipular un organismo vivo, aislarle o extraerle los componentes genéticos o celulares, recombinar genes o descubrir su compuesto activo o composición orgánica. La materia prima de la biotecnología son los recursos genéticos y a partir de éstos se obtiene un organismo genéticamente modificado, el descubrimiento de la función específica de un gen, etc. El artículo 16.9.1 blinda a las corporaciones de las exigencias del cumplimiento de los requisitos de divulgación de las invenciones de recursos genéticos de la Decisión 391”*.

Concluye lo siguiente:

*“La protección de la biodiversidad no puede ser considerada como una carta de intenciones o un apéndice. La Carta de entendimiento sobre Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales no sufre al Convenio sobre Diversidad Biológica. El reconocimiento de la Carta a la Biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales, es refutado o ignorado por el artículo 16.9.1 y el conjunto de normas del capítulo de patentes. El ingreso y salida del país de los recursos genéticos y su utilización conforme a la nueva redacción del artículo 16.9.1, sin los requisitos de la Decisión 391, replantean la manera de entender las relaciones entre las corporaciones privadas dueñas de la biotecnología y los Estados propietarios de la biodiversidad y los pueblos poseedores de los conocimientos tradicionales. Las injusticias sociales en el acceso de los recursos genéticos se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez se transforman en pobreza y deterioro ambiental. Se acusa de violar a la Constitución Política a los artículos 16.9.1 del Capítulo de*

*patentes, la Carta de Entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales y en el otro proceso de fallo constitucional, al Protocolo Modificadorio del TLC.*

*El procedimiento de participación del TLC está viciado por la falta de consulta previa y de participación ambiental. El TLC infringe el Convenio 169 de la OIT que forma parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política en particular los artículos 79 y 81-2 de la Constitución Política. El artículo 79 en concordancia con el Capítulo X de la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT (Bloque de constitucionalidad).*

*El TLC viola el derecho de dominio público que tiene el Estado colombiano sobre los recursos genéticos y el derecho de propiedad del componente intangible del recurso genético que tienen las comunidades indígenas, afrocolombianas y locales (Artículos 8, 9, 58, 63, 81-2 y 95-8 de la Constitución Política). Los recursos genéticos son inembargables, imprescriptibles e inalienables según la Decisión andina 391. El contrato de acceso con la autoridad ambiental nacional es el instrumento que garantiza el desarrollo de herramientas para negociar la transferencia de tecnología, el tipo de material que puede salir del país y las condiciones sobre patentes.*

*Los recursos genéticos son bienes de dominio público y pertenecen a la Nación, por formar parte de los recursos o riquezas naturales de la misma. Su régimen jurídico es el propio de esta clase de bienes, particularmente el establecido en la decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en las disposiciones pertinentes de la ley 165 de 1994, en la Decisión 486, y las demás normas que, con arreglo a la Constitución, se expidan. El TLC podría ser la próxima norma, pero aceptarlo no es con arreglo a la Constitución pues infringe de manera flagrante los principios de diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana y participación ambiental como principio fundamental del Estado social de derecho”.*

## **Comisión Colombiana de Juristas**

El tratado y su ley aprobatoria no fueron consultadas con las comunidades indígenas y afrodescendientes, desconociendo el Convenio 169 de la OIT y el artículo 330 de la Constitución, en cuanto toda disposición susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, debe ser consultada, y vi) el tratado y su ley aprobatoria no fueron consultados con los consumidores y usuarios de servicios pese a contener disposiciones que les conciernen y existir la obligación en virtud del artículo 78 superior de hacerlos partícipes de este proceso.

## **Fundación para la Formación de Líderes Afrocolombianos AFROLIDER**

En el proceso de negociación del tratado y su protocolo modificadorio no se surtió la consulta por lo que concluye que se afecta profundamente la

cosmovisión y la supervivencia de las comunidades negras y su relación con la tierra, reserva cultural, respeto a los conocimientos tradicionales, protección a la biodiversidad, soberanía sobre recursos naturales y autonomía en materia regulatoria, expresadas por los grupos étnicos.

## RECALCA

El Gobierno omitió el deber constitucional y legal de consultar a las autoridades, pueblos y organizaciones indígenas respecto de la negociación y adopción del Acuerdo, lesionando los preceptos internacionales y nacionales que garantizan la participación de los indígenas en los procesos de consulta y concertación en las decisiones que los afectan (artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad). Expone que las cláusulas del presente Acuerdo violan el artículo 1 de la Constitución, “porque anulan el Estado social de derecho, dentro del cual la protección de los derechos fundamentales de las personas constituye un límite infranqueable al libre comercio y a la protección de las inversiones”.

La Corte Constitucional planteó así la constitucionalidad de las disposiciones respectivas.

*Esta Corte ha resaltado la importancia de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales bajo el Estado democrático, participativo y pluralista. En la sentencia C-519 de 1994<sup>25</sup>, se revisó la constitucionalidad de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, señalándose:*

*Pero si bien Colombia cuenta con una diversidad biológica de indiscutida magnitud, quizás el aspecto que mayor preocupación debe suscitar por parte de las autoridades y de los asociados es el del **potencial genético con que cuenta nuestro país**. En nuestro territorio se encuentra una variedad de genes y un material germoplástico de dimensiones económicas y tecnológicas incalculables, pues su adecuada utilización constituye, sin lugar a dudas, fundamento de un futuro alentador en campos como la medicina, la agricultura y la industria. Sin embargo, el conocimiento y el acceso de estos recursos requiere de enormes apoyos científicos y financieros que países como Colombia no se encuentra en capacidad de sufragar. Por ello, es de la mayor conveniencia que el Estado sea consciente de la necesidad de, por una parte, determinar las áreas de especial importancia ecológica y velar por su protección y, por la otra, de ser cuidadoso al negociar con países industrializados la explotación económica de ese material genético, pues tales acuerdos deben acarrear para nuestro país no sólo beneficios económicos sino, lo que es de mayor*

---

<sup>25</sup> M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



*interés, preparación e información científica y tecnológica que permita en un futuro, no sólo adelantar nuestras propias investigaciones en estos asuntos, sino también contar con información permanente respecto de los avances científicos que se hayan logrado con base en recursos genéticos extraídos del territorio colombiano.*

*Finalmente, no debe la Corte ignorar el hecho de que el Constituyente, en su afán de consagrar disposiciones encaminadas a lograr la preservación y conservación del ambiente y del entorno ecológico, se ocupó con particular interés del tema de la biodiversidad. Así, estipuló -en primer lugar- la obligación de las autoridades públicas y de los particulares de proteger la riqueza cultural y natural de la Nación (Art. 8o. C.P.). Conviene en este punto insistir en que la riqueza natural y cultural le pertenece a la Nación; en otras palabras, si bien la protección del ambiente es un asunto que sobrepasa los límites territoriales y le atañe a la humanidad en general, los recursos que se encuentren en cada Estado le pertenecen a él y, por tanto, sólo ese Estado tiene la facultad de utilizarlos y aprovecharlos económicamente de acuerdo con sus propios intereses. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional.(se subraya)*

*Asimismo, la Corte debe resaltar que en materia de biodiversidad el Estatuto Superior le atribuyó al Estado el deber de "proteger la diversidad e integridad del ambiente" y de "conservar las áreas de especial importancia ecológica" (Art. 79 inc. 2o.). Esta última atribución debe concordarse, también, con la responsabilidad que le corresponde al Estado respecto del "ingreso al país y salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés" (Art. 81), así como de promover "la investigación y transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario" (Art. 65) y de crear "incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales (...)" (Art. 71). Por lo demás, la Corte confía que a través de instrumentos como el que en esta oportunidad se estudia, las autoridades estatales competentes, además de propender por la internacionalización de las relaciones ecológicas (Art. 226), logren dar cumplimiento a los mandatos constitucionales anteriormente citados.*

*Para la Corte, entonces, la protección de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales se constituye en un imperativo del Estado colombiano, máxime cuando Colombia ha sido reconocida a nivel mundial como uno de los centros biológicos de mayor diversidad. De ahí la importancia*



*que reviste para la humanidad su conservación y preservación toda vez que ello repercute en la calidad de vida. Colombia tiene un gran compromiso con la defensa de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales que encuentra respaldo constitucional en los artículos 8, 58, 65, 71, 79, 80, 226, 330, 333 y 339.*

*En el presente caso, es claro que el entendimiento reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad y su aporte al desarrollo cultural, económico y social. También, reconoce algunos principios no excluyentes de otros frente al acceso a dichos recursos y el compromiso de encontrar medios para compartir información relevante en la patentabilidad de las invenciones. La anterior regulación para la Corte no contraría el ordenamiento constitucional y habrá de interpretarse y aplicarse siempre bajo estricta sujeción a las disposiciones constitucionales mencionadas.*

Respecto de la consulta previa a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, la Corte fue enfática:

*“En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo Dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a éstos grupos étnicos.*

*Lo anterior no obsta, para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa.”*

La Corte, omite hacer cualquier referencia a los argumentos presentados que señalan que la inclusión de los recursos genéticos en el TLC modifica su carácter de *“inembargables, imprescriptibles e inalienables según la Decisión andina 391”*. La operatividad de las normas y sus posibles consecuencias no es objeto de estudio, sino que por el contrario se enuncia su constitucionalidad como una consecuencia ineludible de los propósitos políticos del tratado. En este sentido, la mención de los antecedentes jurisprudenciales pareciera ser un bastón que permite a la Corte eludir su responsabilidad de estudiar las implicaciones del articulado tanto por separado como en su conjunto.

En las aclaraciones previas sobre el control material, la Corte afirmó que *“...algunas normas comunitarias podrían excepcionalmente integrarse al bloque de constitucionalidad bajo la condición sine qua non que se trate de una normatividad que reconozca y desarrolle de manera explícita y directa los derechos humanos (art. 93 superior), como la Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre*

*derecho de autor y conexos. Así se expuso en la sentencia C-1118 de 2005.*<sup>26</sup> Sin embargo, no aplica el mismo criterio frente a la Decisión 391 de 1996.

Frente a la Consulta Previa, es claro que al incluirse en un tratado de comercio disposiciones relativas a la biodiversidad y conocimientos ancestrales, hay una referencia directa a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. El precedente jurisprudencial citado por la Corte<sup>27</sup> identifica específicamente *“De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional.* Pero esta cita textual que inclusive se subrayó atrás, no tiene aplicación en la decisión que toma la Corte pues desconoce el vínculo entre el contenido del TLC con los grupos directamente afectados, sustentando este rompimiento en la jurisprudencia por el carácter general de la ley aprobatoria del tratado. A juicio de la Corte, las afectaciones que puedan sufrir estos grupos, por ser generales, no exigían la consulta previa. ¿Cómo entonces podrán objetar las medidas de implementación, que podrían ser también generales, pero que les afectan justamente por la relación ya reconocida antes por la Corte? La constitucionalidad de las disposiciones correspondientes del TLC, habiendo presentado justamente la valoración anterior de la Corte, resulta casi burlesca por no decir que cínica frente a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, y al mecanismo de consulta previa que supone un mecanismo especial de protección dado el valor que la Constitución le otorga a estos pueblos. De acuerdo al relato de Saramago, hoy, en el siglo XXI, las campanas doblan sin tregua. Ahora, es un o una indígena, un o una afrocolombiana, que lamenta la muerte de los derechos de su comunidad.

## 2.6 Aranceles- agricultura

Este también fue un tema bastante discutido en el país. Varios gremios del sector agropecuario (productores de carne, leche, pollo) expresaron preocupación sobre los riesgos que implicaba la competencia con productos

<sup>26</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Cft. sentencia C-155 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis. AV. Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>27</sup> Sentencia C-519 de 1994, se revisó la constitucionalidad de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992

en condiciones de absoluta simetría. Desde la perspectiva política, el gobierno estructuró un programa para auxiliar a los productores afectados llamado “Agroingreso Seguro” y destinó recursos para jalonar procesos de reconversión productiva. En otras palabras, el debate público, cuando menos, arrojó la completa certeza de que sí habría sectores “perdedores” con el TLC. No tuvo el mismo eco la perspectiva ya no de los productores sino de la población en general cuando se argumentó que la afectación de dichos sectores productivos a más de causar lesión a las y los productores, tendrían efectos graves en la seguridad alimentaria del país. En este sentido, la intervención del ciudadano y senador Jorge Enrique Robledo documentó ampliamente este enfoque ante la Corte Constitucional, argumentando la inconveniencia y la afectación a la soberanía nacional. Pero como ya se explicó, la Corte se abstuvo de analizar estos tópicos por considerarlos del resorte exclusivo del Presidente de la República y del Congreso.

Otras intervenciones, sobre el mismo tema, señalaron los mecanismos jurídicos del TLC que privan al Estado de herramientas para garantizar este derecho.

## RECALCA

El artículo 2.3. del Acuerdo viola el artículo 65 de la Carta, porque *“compromete a Colombia a eliminar los aranceles frente a las importaciones de alimentos, que es el mecanismo que hasta la fecha ha utilizado el país para proteger la producción nacional frente a las importaciones de alimentos provenientes de Estados Unidos, país que subsidia la producción generando distorsiones en el mercado que hacen inviable la agricultura nacional, especialmente en renglones tales como los cereales y las oleaginosas...en el acuerdo debió exigirse como requisito para desmontar los aranceles la total e inmediata eliminación de los subsidios otorgados por Estados Unidos a su agricultura”*. Aduce que la producción de alimentos del país se afectará considerablemente en cuanto a los productos que son base de la alimentación del pueblo colombiano. Se expone al país a la especialización en solo determinados productos, monocultivos que pone a los campesinos, productores y ciudadanos a una situación de vulnerabilidad. El TLC prioriza el comercio internacional y no la alimentación de los pueblos. Considera que el artículo 65 superior, ordena al Estado proteger sin distinción alguna la producción de todos los alimentos y no de algunos en particular. Finalmente, refiere a los instrumentos internacionales que refieren a la seguridad alimentaria.

También, encuentra que los artículos 2.2 y 10.3 del Acuerdo desconocen el artículo 65 de la Constitución, al impedir al Estado adoptar medidas “proteccionistas” o “discriminatorias” a favor de la producción nacional de

alimentos. Aduce que el principio de trato nacional no tiene cabida en el sector agropecuario toda vez que la disposición constitucional establece una obligación en cabeza del Estado que conlleva medidas de carácter proteccionista a favor de la producción nacional. Así mismo, el artículo 10.9 viola el inciso segundo del artículo 65 superior, por cuanto el país renuncia a la facultad de asegurar que las inversiones y la libertad de empresa se enmarquen dentro del bien común y cumplan las metas sociales y ambientales instituidas constitucionalmente. El artículo 2.15, párrafo dos, literal c) del Acuerdo vulnera igualmente el artículo 65 de la Carta, al consagrar que el Estado no puede condicionar la importación de alimentos a que una porción de la cuota sea adquirida a un grupo productor ni que una porción de la cuota sea adquirida de la producción doméstica o se limite el acceso de una cantidad dentro de la cuota solo a procesadores. Ello también repercute en la vulneración del artículo 334 de la Constitución, respecto a la intervención del Estado para fomentar el sector agrícola nacional, como igualmente la protección de los trabajadores agrícolas (art. 64 superior).

De otra parte, también encuentra que se desconoce el artículo 226 de la Constitución, por los artículos 2.16 y 2.17. El primero, porque pugna con la conveniencia nacional y ni siquiera establece la intención de desmontar los subsidios a la producción agropecuaria. El segundo, por cuanto no puede exponerse al país al desmantelamiento de su agricultura y consecuente inseguridad alimentaria. La salvaguardia establecida no corrige la inequidad e inconveniencia nacional. Así mismo, el Capítulo Seis contraría el artículo 226 de la Carta *“ya que Estados Unidos no aceptó la solicitud de Colombia de determinar de manera específica las medidas sanitarias y fitosanitarias para el acceso de productos agrícolas, evitando que dichas medidas se limitaran únicamente a cumplir su fin, es decir garantizar la inocuidad de los alimentos para la salud humana, animal y vegetal”*. Añade que al sustraer las diferencias originadas respecto a medidas sanitarias y fitosanitarias del mecanismo de solución de controversias deja al país sin instrumentos reales para cumplir el objetivo del Gobierno de acceso efectivo al mercado estadounidense. Anota que otra barrera al acceso efectivo del mercado son los obstáculos técnicos al comercio que se desarrolla en el Capítulo Siete del Acuerdo.

### Comisión Colombiana de Juristas

El Capítulo sobre acceso de mercancías al mercado, en lo referido a los productos agropecuarios, vulnera el deber de garantía especial que el Estado debe otorgar a la producción de alimentos (arts. 65 superior y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),

Sobre las argumentaciones de la Corte Constitucional vale la pena destacar que asume la misma línea de interpretación frente a los otros temas aquí expuestos, en el sentido de respaldar la constitucionalidad en antecedentes jurisprudenciales, en omitir el estudio detallado de las disposiciones, la evasión respecto de los argumentos de las organizaciones sociales y la consideración de la existencia de algunos mecanismos de protección a la producción agrícola sin estudiar su efectividad. Se presentarán algunos de los argumentos solamente, pues en este tema, las citas de apoyo que usa la Corte son bastante extensas.

*Ahora bien. En relación con ésta Sección, se busca mejorar las oportunidades y condiciones de acceso para los productos agropecuarios de especial interés para los Estados Parte. La agricultura, por su sensibilidad al interior de los países, se constituye entre otros, en uno de los sectores a los que se le da una especial protección dada las repercusiones en materia de seguridad alimentaria y protección del medio ambiente. De ahí que dentro de las medidas empleadas para la protección de dicho sector se encuentren principalmente los amplios plazos de desgravación, los contingentes arancelarios, los subsidios agrícolas, y medidas de protección agrícola como las de salvaguardia, los mecanismos de compensación, las consultas y el Comité de Comercio Agrícola.(se subraya)*

*Sobre el comercio agrícola, no puede desconocerse que en el marco de las negociaciones sobre acuerdos comerciales se pueden presentar situaciones en que puedan ocasionarse para un país desventajas económicas sobre algunos productos pero frente a otros obtengan mayores beneficios, sin que por ello pueda endilgarse una inconstitucionalidad de las disposiciones, ni el desconocimiento de la especial protección por el Estado de la producción de alimentos(art. 65 superior<sup>28</sup>), por cuanto el juicio de constitucionalidad en esta clase de Acuerdos se realiza de manera global y no producto por producto, correspondiendo ésta valoración al juicio de conveniencia económica que se encuentra en manos de los correspondientes órganos de poder político en el momento de la negociación y de la aprobación del Acuerdo.*

*Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-864 de 2006, al revisar la constitucionalidad del Acuerdo de Complementación Económica entre los Estados Partes del MERCOSUR y los países miembros de la Comunidad Andina y el Primer Protocolo Adicional Régimen de Solución de Controversias:*

*“Por lo que la desgravación arancelaria permitida frente a la cebada y el trigo, si bien puede llegar a ocasionar pérdidas económicas para sus productores, no por ello se torna en inconstitucional, ni desconoce el deber*

---

<sup>28</sup> La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencias de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

*del Estado de asegurar la producción de alimentos (C.P. art. 65), pues dicha medida corresponde a un típico juicio de conveniencia económica que surge como resultado de las negociaciones que se plantean alrededor de tratados complejos, como lo es, el Acuerdo objeto de revisión, en donde cada Estado Contratante cede parte de sus intereses, en aras de lograr la apertura de mercados para sus productos”.*

*Para la Corte, las normas convenidas en materia de comercio agrícola no desconocen el deber de seguridad alimentaria que corresponde al Estado colombiano para que toda la población pueda acceder de manera oportuna y permanentemente a los alimentos que satisfagan sus requerimientos nutricionales para el bienestar presente y futuro, que al ser una garantía consagrada en el art. 65 de la Constitución, no puede ser desatendida por el Estado colombiano.*

*Cabe recordar, que el Acuerdo permite la administración e implementación de contingentes arancelarios, para las mercancías agrícolas, mecanismo de protección comercial empleado en esta clase de acuerdos comerciales, mediante el cual se permite a cada país manejar cantidades específicas de mercancías con un arancel más bajo, y permite imponer un arancel mayor para las cantidades que excedan dicha cuota.*

*Ya esta Corporación en la sentencia C-178 de 1995<sup>29</sup>, al revisar la constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio entre los gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, se refirió a este punto en los términos siguientes:*

*“De otra lado, en este Tratado se acuerda como objetivo de las Partes, el logro de la eliminación multilateral de subsidios a la exportación de bienes del sector agropecuario, no obstante que se reconoce la existencia de medidas de apoyo interno a este sector, empero, también se reconoce que estas medidas pueden distorsionar el comercio y afectar la producción; por ello, bajo este entendimiento, en el Tratado se advierte que el apoyo a los productores agropecuarios debe hacerse evitando que se generen efectos de distorsión del comercio y la producción, o que estos sean mínimos, y que las disposiciones internas de modificación a dichas medidas se adelanten dentro del marco de regulaciones del GATT, hoy OMC”.*

*De esta manera, los compromisos adquiridos por los Estados Parte en orden a eliminar multilateralmente los subsidios a las exportaciones de mercancías agrícolas y el trabajar juntas con miras a un acuerdo en la OMC para su eliminación y reintroducción bajo cualquier forma, no merece reproche constitucional alguno en los términos mencionados.*

*Se ha señalado que el otorgamiento de subsidios agrícolas puede generar distorsiones en el comercio mundial y más aún cuando se está frente a países de mayor desarrollo económico como los Estados Unidos. Para la Corte ello hace indispensable que el objetivo de eliminación multilateral*

---

<sup>29</sup> M.P. Fabio Morón Díaz. Ver, sentencia C-864 de 2006.

*de subsidios a la exportación de las mercancías agrícolas en el marco de la OMC se lleve a cabo en el menor tiempo posible. Además, como se mencionó en la sentencia C-178 de 1995, el apoyo a los productores agropecuarios debe realizarse evitando que se generen efectos de distorsión del comercio y la producción, o que estos sean mínimos, y que las normas internas de modificación a dichas medidas se adelanten dentro del marco de regulaciones del GATT hoy OMC.*

*De otra parte, dentro de los mecanismos empleados por los Estados Parte para proteger el sector agrícola se encuentran también las medidas de salvaguardia. Dicha figura consiste en aplicar una medida en la forma de un impuesto de importación adicional sobre una mercancía agrícola originaria listada bajo unas condiciones. Disposición a la cual se integra el Anexo 2.18, sobre esta materia.*

*Esta Corporación en la sentencia C-564 de 1992<sup>30</sup>, al revisar la constitucionalidad del Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo, justificó constitucionalmente la inclusión de esta clase de medidas de salvaguardia en acuerdos comerciales:*

*“La apertura más o menos repentina del mercado interno a nuevos actores y a nuevos productos puede fácilmente causar traumatismos y desórdenes en la economía del país receptor. Esa es la razón de la inclusión dentro del Sistema de cláusulas de salvaguardia..., que actuarán ante la amenaza real o ante la actual ocurrencia de perturbaciones del mercado y de la balanza de pagos. Ya no se trata de poner en pie de igualdad al producto foráneo con las manufacturas nacionales, sino de evitar un deterioro repentino y grave de la situación de la economía local”.*

*Más recientemente en la sentencia C-864 de 2006, esta Corporación refirió que las medidas de salvaguardia y compensatorias encuentran pleno respaldo constitucional.:*

*Del Capítulo Dos hacen parte los Anexos 2.3. sobre eliminación arancelaria, 2.11 sobre impuestos a la exportación, 2.18 que contiene notas generales sobre las medidas de salvaguardia agrícola y lista arancelaria para cada uno de los Estados Parte, el Apéndice I, y la carta adjunta ITA, que las Partes acordaron que formara parte integrante del Acuerdo, sobre los cuales no existe reparo de constitucionalidad.*

*La Corte procederá en consecuencia a declarar la exequibilidad del presente Capítulo, así como de los Anexos respectivos, las Notas generales, Listas Arancelarias de los dos Estados Parte junto con el Apéndice I de la lista de cada Parte, y la Carta Adjunta ITA.*

Como se señaló, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al decretar la medida cautelar que ordenaba al Presidente y su equipo negociador suscribir el TLC en cuanto permitiera el ingreso de productos agrícolas con arancel cero, reconoció una situación de hecho de público conocimiento:

---

<sup>30</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



la asimetrías de las dos economías y los efectos devastadores del ingreso de productos subsidiados. La Corte, por el contrario, se escudó en que no debe estudiar la negociación de cada producto, para respaldar su juicio de constitucionalidad. ¿Por qué? Todas las disposiciones del TLC pueden ser objeto del control constitucional, incluyendo los anexos y cartas de entendimiento. No hay una disposición en la Constitución Política que exceptúe las listas de desgravación del control de constitucionalidad. La aceptación de la posibilidad de que existan sectores económicos perdedores, en el espíritu del TLC es el reconocimiento de lo que se denomina expropiación indirecta, frente a la cual, los productores colombianos quedaron sin ninguna protección, pudiendo derivarse algo más que la pérdida de una “inversión” sino los medios de vida de ciudadanos y ciudadanas colombianas cuyos recursos judiciales de defensa quedan en definitiva anulados al considerar la Corte que un juicio político, el de la conveniencia, por ser general, no es inconstitucional. Este argumento de forma “manifiesta y grosera” elude el deber de proteger los derechos fundamentales del pueblo colombiano que pueden verse vulnerados por una disposición legislativa de carácter general, por el hecho de ser general. ¿Qué sentido tiene entonces el control de constitucionalidad sobre las leyes?

Lo motivación o el sentido de los términos acordado por el gobierno, aprobados por el congreso colombiano no son argumentos de constitucionalidad. Si no se verifica que cada una de las normas del TLC y el normativo en su conjunto guarde armonía con la Constitución colombiana, se renuncia al control mismo de constitucionalidad.

Dado que la Corte reconoció posibles afectaciones a los intereses económicos de productores colombianos, era su deber verificar que las cláusulas de salvaguarda y de contingentes tuvieran eficacia y eficiencia para preservar los derechos de las y los productores colombianos así como el derecho a la seguridad alimentaria. No podía hacer esta afirmación en abstracto, pues la operatividad de las mismas no es automática, sino que depende de la sensibilidad de los productos y de la situación tanto de la producción nacional como de factores externos como los precios internacionales.

La Corte afirmó que no se altera la capacidad del Estado de garantizar la seguridad alimentaria, porque tiene la obligación de garantizarla. No obstante, si el contenido de las listas de desgravación es tal que genera la dependencia de la importación de productos, o si las medidas de salvaguarda o de contingentes no son eficientes para preservar la producción agrícola nacional, es evidente que el enunciado de la garantía se afecta por las normas del TLC.

La cita de antecedentes jurisprudenciales producidos en el control de constitucionalidad de tratados con otros países no resulta coherente porque desconoce que en cada caso hay características diferentes en el perfil productivo



de cada parte. El sentido de la capacidad del Estado para intervenir en la economía es garantizar que no haya perdedores. Por el contrario, el sentido en el ámbito interno es la garantía del bienestar general. En este sentido, la Corte otorga al Presidente y al Congreso más facultades que las previstas en el texto constitucional y restringe el valor de los derechos fundamentales.

La Corte no aplicó ni el test de razonabilidad ni la teoría de la ponderación, pues le era imposible emitir un juicio sobre la eficacia de las medidas de protección sin tener en cuenta el balance entre el acceso dado a los productos estadounidenses frente a la situación de los sectores productivos colombianos.

### **3. La corte le falló a la soberanía del pueblo y a los derechos**

#### ***3.1 Autocensura Vs. Control***

Se afirma que ha habido un tránsito desde la concentración absoluta en la dirección y ejecución de las relaciones internacionales en el Presidente hacia el control de constitucionalidad que actualmente tienen dos titulares; las y los ciudadanos (Art. 40 num. 6 CN) y la Corte Constitucional (art. 241 CN). Desde 1910 hasta 1985, la Corte Suprema de Justicia se inhibió de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes aprobatorias por considerarlas leyes especiales, derivadas de una facultad exclusiva del Gobierno por lo cual, pronunciarse sobre ellas implicaría atentar contra la separación armónica de los poderes públicos del Estado.

El cambio en la jurisprudencia se dio a partir de las demandas de inconstitucionalidad que fueron interpuestas contra la Ley 27 de 1980 que aprobó el tratado de extradición suscrito con EEUU en 1979. A partir de ese momento, la Corte Suprema de Justicia consideró tener competencia en dos casos: de manera temporal, para los tratados aprobados por ley pero aún no ratificados ni que hubieran sido objeto del canje de notas. Y de manera permanente, frente a cualquier tratado pero exclusivamente respecto del procedimiento o aspectos formales.

La Constitución de 1991 establece el control automático de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la competencia plena de la Corte Constitucional, con el límite temporal de un año frente a vicios de forma.

La revisión de la sentencia sobre el TLC con Estados Unidos y su ley aprobatoria revela que la Corte Constitucional, a pesar del marco constitucional aplica criterios de autocensura por lo cual ejerce un control meramente formal y no se pronuncia a fondo sobre el cumplimiento o no de todos y cada uno de los criterios constitucionales que orientan las relaciones exteriores. la sentencia refuerza el presidencialismo, sin mecanismos reales de control que permitan

la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales que hacen parte del ordenamiento jurídico.

### *3.2 Soberanía del pueblo Vs. presidencialismo*

La Constitución Política colombiana establece claramente en el art. 3 que “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución lo establece.” En armonía con las demás disposiciones de la Carta, en las relaciones exteriores, el Presidente es delegatario del pueblo (Art. 189 num. 2) y esta potestad no es omnimoda porque existen en el sistema jurídico otros representantes que tienen la función de garantizar el control sobre el ejercicio de este mandato.

El primero de los controles es el mismo cuerpo constitucional, que define los fundamentos que deben regir las relaciones de Colombia con la comunidad internacional y con los demás estados. La soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional, así como un propósito hacia la integración latinoamericana y del Caribe. (Art. 9).

La equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional son los criterios que el Estado garantizar a la hora de internacionalizar las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas (Art. 226) y en cuanto a la integración, se adiciona el de la igualdad (Art. 227).

En la construcción de las relaciones exteriores, el Congreso también tiene un mandato derivado de la soberanía del pueblo puesto que todos los tratados deben contar con su aprobación. (Arts. 150 num 16 y Art.224).

La Corte Constitucional por su parte, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, de pronuncia, de manera definitiva, sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. (Art. 2241 num. 10)

De esta forma, las tres ramas del poder público son delegatarios de la soberanía del pueblo en el proceso de negociación, aprobación y ratificación de los tratados internacionales.

Este soporte normativo ha servido para desarrollar una política de Estado que, acatando el mito de la globalización, busca aumentar las exportaciones de productos primarios para aprovechar las ventajas comparativas y facilitar la inversión extranjera directa como apalancamiento del crecimiento y el desarrollo. Este, en últimas ha sido el concepto con el que se identifica la conveniencia nacional y por ello, los debates públicos sobre los daños previsibles al aparato productivo economía nacional han sido descalificados políticamente en las instancias de gobierno y legislativas. En la sentencia que se estudia puede leerse:

*La era de la globalización de la economía ha conllevado la existencia de Estados plurinacionales con objetivos comunes para el desarrollo político, social y económico de sus pueblos, donde la era de la información ha abierto espacios sin fronteras superando el concepto absoluto y excluyente de soberanía nacional. La configuración de un sistema económico abierto pretende aumentar la movilidad de los bienes, servicios, productos y capitales, disminuir los costos de las transacciones, ajustar al Estado a las innovaciones tecnológicas que impone el mundo actual, complementar las economías de los Estados conforme a sus necesidades y fortalezas, atraer la inversión extranjera y fortalecer su participación en los demás países, todo en la búsqueda de mayores beneficios en la relación productividad, calidad y costo que repercute favorablemente en el crecimiento económico sostenible del Estado.*

*De esta forma, la vulneración del principio de soberanía nacional debe estar precedida en la superación del concepto absoluto que se tenía sobre dicho principio toda vez que ha sido abandonado por la tendencia internacionalizante de las economías a nivel mundial. El proteccionismo a ultranza en países con economías en vía de desarrollo como el nuestro puede repercutir desfavorablemente por lo que se hace menester cumplir los imperativos constitucionales de integración económica y comercial bajo los límites impuestos por el ordenamiento constitucional (arts. 9, 226 y 227 de la Constitución, entre otros). De ahí que los tratados comerciales se constituyen en herramientas valiosas para el crecimiento económico sostenido indispensable para reducir la pobreza y el desempleo.*

(...)

*La firma del TLC con Estados Unidos, atiende a una estrategia de desarrollo para Colombia, el que junto con otras decisiones de política económica, se dirigen a la expansión del comercio y la atracción de la inversión extranjera, con un propósito de cumplir los fines esenciales del Estado de conformidad con la Constitución, según así se dejó plasmado en el Preámbulo del tratado que se analizará más adelante.*

Con argumentos como los transcritos, la Corte Constitucional, ha desarrollado en sus sentencias una presunción de constitucionalidad hacia los instrumentos a través de los cuales Colombia desarrolla las políticas de libre comercio e inversión. De esta forma, la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que obliga al país, ha sido dejada de lado o asumida de manera puramente formal por cada uno de los representantes de la soberanía del pueblo<sup>31</sup>. No existe hasta ahora en el país, mecanismo alguno que permita exigir responsabilidad ni política, económica o penal a estos representantes de la soberanía popular por las graves transgresiones al ejercicio de la soberanía que somete el uso de los recursos del país a los

---

<sup>31</sup> Moncayo Héctor-León, Colombia: veinte años de la Constitución. Radiografía de un mito. [http://eldiplo.info/mostrar\\_articulo.php?id=1302&numero=101](http://eldiplo.info/mostrar_articulo.php?id=1302&numero=101)

mitos y necesidades del modelo neoliberal y que renuncia al uso de su propia jurisdicción frente a empresas multinacionales.

Los contenidos del TLC y su ley aprobatoria menguan varias dimensiones del poder soberano: la legislativa, la judicial, la tributaria, la intervención en la economía, la cambiaria en el ámbito del ordenamiento jurídico y político del país. Así mismo, el TLC direcciona cuando no restringe la potestad y obligación de cumplir con los tratados internacionales que previamente ha suscrito el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir, tiene implicaciones en el ámbito interno y externo.<sup>32</sup>

El proceso constituyente que dio origen a la Carta de 1991 asumió que el proceso de construcción de Naciones Unidas, y del derecho internacional de los derechos humanos implican el reconocimiento de instancias superiores a la nacional para garantizar los objetivos comunes, no puede afirmarse lo mismo con la renuncia a la soberanía en el ejercicio de la jurisdicción frente a entes privados. Falta, sin lugar a dudas un proceso de conocimiento popular sobre las implicaciones que estas previsiones de los tratados internacionales tienen para el ejercicio de la soberanía. Es urgente construir mecanismos para que no basten los procesos electorales del presidente y el congreso para legitimar estos excesos en el uso del mandato.

#### 4. Conclusiones de la Corte: LA CORTE FALLÓ

La sentencia de la Corte, tiene un acápite de conclusiones, justo antes de la parte resolutive. Se presentan aquí, porque es allí donde se responden, tácitamente, algunos de los argumentos presentados por las organizaciones sociales que intervinieron.

“2. La Corte advierte que mediante el control abstracto de constitucionalidad no se tutelan asuntos de conveniencia o de oportunidad, los cuales le corresponden al jefe de Estado y al Congreso de la República, en los términos de la Constitución.

En otras palabras, el control abstracto es puramente formal. Si un acuerdo comercial, en aras de la conveniencia, permite el acceso irrestricto de inversores foráneos a los recursos naturales del país, por ejemplo, el petróleo, o las esmeraldas, o los recursos genéticos, la Corte nada dirá porque no es de su competencia. Si se estableciera el acceso a la prestación de todos los servicios públicos tampoco.

---

<sup>32</sup> Guerrero González Joel. El concepto de soberanía en nuestra historia constitucional. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/721/32.pdf>

3. “El Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas, sus entendimientos, y anexos, no vulnera la soberanía nacional por cuanto, al tener plena vigencia la Constitución Nacional, todos los órganos del Estado conservan sus competencias, y en especial los jueces de la República, para proteger y garantizar los derechos constitucionales de todas las personas. Además, la Corte Constitucional mantiene su competencia para controlar las medidas que adopte en Legislador para desarrollar el presente Acuerdo de promoción comercial, y para ejercer el control de constitucionalidad previo de cualquier modificación que se le haga al presente Acuerdo, de conformidad con la Constitución.”

Los disposiciones que crean una jurisdicción paralela para los conflictos inversor-Estado son constitucionales porque no eliminan el aparato jurisdiccional previsto en la Constitución. Para que la Corte se pronuncie sobre las violaciones a los derechos fundamentales que genere el tratado, es necesario esperar a que se produzcan aunque son previsibles. La Corte Constitucional conserva la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de modificaciones al TLC, pero si son asuntos de conveniencia se abstendrá de pronunciarse, porque no son de su competencia. Y frente a los demás contenidos, con seguridad, mantendrá la misma línea jurisprudencial. Es decir, mantiene la potestad de seguir aplicando la presunción de constitucionalidad de los tratados de libre comercio.

4. “El Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas, sus entendimientos, y anexos, es un instrumento adicional dentro de los varios que conforman la política nacional en materia de integración económica y comercial, perfectamente compatible con el Estado social de derecho, pues son todos los instrumentos de política económica y social en conjunto los que deben producir los efectos esperados en relación con el bienestar general de la población colombiana.”

El TLC es compatible con el Estado Social de Derecho porque debe, junto con otros instrumentos, producir los efectos esperados de bienestar general de la población colombiana. La Corte Constitucional avala cualquier norma de política económica y social sin en la exposición de motivos o en los considerandos se afirma que busca el bienestar general de la población colombiana. Este enunciado es suficiente para que su contenido sea constitucional.

“5. La Corte encuentra, que del análisis global del Acuerdo no encuentra vulnerados los principios constitucionales de equidad y reciprocidad. Se ob-

serva que las obligaciones del Acuerdo son recíprocas y no traen consigo una condición desfavorable o inequitativa para Colombia, pues el control de los principios que rigen la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas no puede hacerse de manera puntual y específica.”

Dado que la Corte no puede controlar de manera puntual y específica si el TLC cumple con los principios de reciprocidad y equidad, las disposiciones del TLC son recíprocas y no generan una condición inequitativa para Colombia. La Corte Constitucional, renuncia a su competencia para examinar a fondo el TLC, pero no es coherente al reconocer la constitucionalidad de normas que no ha analizado. ¿Qué sentido tiene el control automático de la Corte de los tratados de comercio internacional si no puede revisar el cumplimiento del mandato constitucional específico que establece los criterios que deben regir en las internacionalización de las relaciones económicas?

“7. La Corte observa que de conformidad con las consideraciones expuestas en cada uno de los Capítulos del Acuerdo el desarrollo y aplicación del mismo puede tener implicaciones sobre los derechos fundamentales cuya protección debe realizarse a través de las acciones constitucionales, legales y administrativas establecidas internamente como mecanismos judiciales de protección de los citados derechos.”

En todo caso, como el TLC puede tener implicaciones sobre los derechos fundamentales, y dado que las y los ciudadanos conservan la posibilidad de usar los mecanismos judiciales de protección el TLC es constitucional. Si la Corte advirtió el riesgo, es de su competencia reconocer la inconstitucionalidad de las normas. Pero al contrario, aumenta la carga en la defensa de los derechos en la ciudadanía, que podrá ejercer acciones de protección frente las vulneraciones a sus derechos que la Corte Constitucional tuvo el poder de evitar con la declaratoria de inconstitucionalidad, pero se abstuvo de ejercerlo.

“8. La Corte advierte al legislador, que al expedir las normas que desarrollen y den alcance al Acuerdo, lo deberá hacer en los términos y condiciones indicadas en la parte motiva de esta providencia con respecto a cada uno de los Capítulos del mismo a fin de no vulnerar la Constitución, y de manera que guarden coherencia con la garantía de los derechos constitucionales de conformidad con el bloque de constitucionalidad.”

Las normas que desarrollen el TLC deben garantizar los derechos constitucionales, de conformidad con el bloque de constituciona-

lidad y teniendo en cuenta los análisis abstractos contenidos en la parte motiva de la sentencia. Si las normas constitucionales no fueron suficiente argumento para la Corte Constitucional, ¿por qué las normas de implementación tendrían que respetar los considerandos de la sentencia?

No obstante que el debate jurídico fue prolijo en señalar las contradicciones del Acuerdo de Promoción Comercial o Tratado de Libre Comercio TLC con el ordenamiento constitucional colombiano, la Corte Constitucional fallo y le falló al deber de protección y garantía de los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, al dar mayor peso en su ponderación al criterio de internacionalización de la economía como argumento central de su decisión.

Las consecuencias de la sentencia proferida el 24 de julio de 2008, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández son graves, pues refuerzan la tendencia a la reducción de soberanía del Estado en función de facilitar los flujos de comercio e inversión, bajo el supuesto de que con ello el crecimiento económico se garantiza y con él los fines esenciales del Estado Social de Derecho serán satisfechos o cumplidos.

La normatividad acogida restringe la soberanía del Estado colombiano desde diversos puntos de vista. Un primer elemento estriba en que limita su potestad regulatoria para proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales puesto que a la hora de diseñar y aplicar políticas públicas sobre ellos, deberá consultar no el interés general (Art. 1 CP), sino la llamada seguridad jurídica de las inversiones estadounidenses al consagrar cláusulas que les otorgan mayores derechos que los reconocidos a empresas colombianas como son las de trato nacional, nivel mínimo de trato y nación más favorecida y expropiación indirecta.

El TLC también supone la renuncia a la potestad de impartir justicia en favor de instancias internacionales al aceptar como mecanismo de solución de controversias los tribunales de arbitraje internacional que pueden ser usados por las empresas internacionales contra el Estado sin haber agotado antes las instancias judiciales colombianas. “Es importante aclarar que lo inconstitucional no es que el Estado se someta a una jurisdicción internacional. De hecho, en virtud del derecho comunitario o del sistema universal de los derechos humanos, por ejemplo, Colombia puede ser juzgada en una instancia internacional, pero bajo el entendido de que se trata de un mecanismo *subsidiario*. Esto significa que antes de que el demandante acuda a la jurisdicción internacional, debe haber llevado el litigio a los tribunales locales (art. 228 CP).”<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Dejusticia. ¿Es constitucional el TLC? Derechos y economía. Boletín de derechos sociales

La aceptación de una personería especial a los inversores extranjeros se aparta de la llamada doctrina Calvo, que significó dos avances importantes para la soberanía de los países latinoamericanos: el principio de no intervención y la sujeción de las y los extranjeros a la legislación y jurisdicción nacional del país en donde se encuentren.

El proceso de implementación es complejo por la diversidad de temas involucrados. A través de la nueva legislación se van a concretar afectaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, por lo cual, es necesario construir un mecanismo de seguimiento a este proceso en el que se articulen los movimientos, redes y organizaciones sociales que con su conocimiento puedan hacer uso de los mecanismos de protección judicial de los derechos. Quizá en esta etapa, el sistema judicial colombiano sí cumpla con su obligación de proteger los derechos fundamentales. En este sentido será importante tener en cuenta dos consideraciones del fallo, no vaya a ser que este fallo sea usado como referente para validar cualquier norma de implementación y desarrollo del TLC.:

*En cuanto el Acuerdo de liberalización comercial que ahora nos ocupa, no teniendo una superioridad sobre la Constitución, tampoco comparte con ella igual jerarquía al no tener el propósito de regular derechos humanos, siendo por ello claro que no entra a formar parte del bloque de constitucionalidad*

*Finalmente, cabe recordar que la Corte se reserva su competencia para examinar la constitucionalidad de toda ley que desarrolle cualquier cláusula contenida en el Acuerdo de Libre Comercio, sin que pueda alegarse el fenómeno de la cosa juzgada.*

Nuestra conclusión es que La Corte falló y le dio la espalda a la protección y garantía de los derechos fundamentales, como valor ético del Estado Social de Derecho. La Corte le falló a las personas y comunidades que deberán esperar a que los daños y violaciones a sus derechos se produzcan para usar el sistema judicial de protección, que ahora, en la instancia más alta, se ha rehusado a admitir que el TLC como instrumento de la política económica, pone en riesgo los derechos del pueblo, soberano. ¿Por cuántos años tendrán que doblar las campanas?

## 5. ¿Otras relaciones internacionales son posibles?

La Corte Constitucional en la sentencia que revisamos, recogió los antecedentes jurisprudenciales que han interpretado las relaciones entre economía

---

y políticas públicas. Dejusticia. Enero-Marzo 2007. César Rodríguez Garavito\*, Diana Rodríguez Franco\* Pag. 8.



y derechos desde la perspectiva de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*“Cabe recordar, que la Constitución Política no acogió un único modelo de desarrollo económico toda vez que lo dejó librado a las fuerzas democráticas de cada momento histórico, sin embargo, sí estableció un marco de principios en asuntos ligados a la economía, con carácter vinculante tanto para las autoridades como para los particulares, y que permiten confrontar en términos de validez las políticas económicas y sociales que adoptan el legislador y el gobierno, cuya discrecionalidad política forzosamente resulta limitada garantías constitucionales que debe ser observado. Así lo sostuvo esta Corporación en la sentencia C-713 de 1998<sup>34</sup>, en la cual además recordó las disposiciones que informan la Constitución económica:*

*“La consagración de un título de la Constitución dedicado al régimen económico, pone de presente que en las normas constitucionales pueden encontrarse los criterios superiores llamados a orientar positivamente la vida económica y social, en modo alguno ajena al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, los principios constitucionales en asuntos ligados a la economía, por establecer el marco para el ejercicio de la actividad económica tienen carácter vinculante, tanto para las autoridades públicas como para los particulares. En especial, dichos principios y reglas permiten confrontar en términos de validez las políticas económicas y sociales que adoptan el legislador y el gobierno, cuya discrecionalidad política forzosamente resulta limitada.*

*... Aunque la Constitución no sujeta la economía a un único modelo o esquema de desarrollo, lo que se libra a la opción democrática de cada momento histórico, en todo caso si determina un cierto orden o marco general que no puede ser desconocido. La Corte se ha referido en varias oportunidades a los principios que conforman el anotado orden económico [denominado, en un afán únicamente ilustrativo, “Constitución Económica”], de suerte que ahora sólo de manera resumida se aludirá a él: (1) la efectividad de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, obliga al Estado y a sus autoridades a propiciar un diseño de la economía y de los diferentes procesos sociales que resulte funcional a este propósito; (2) se garantiza la propiedad privada, asociativa y solidaria, pero se establece que ella tiene una función social y ecológica; (3) la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad debe ser objeto de regulación legal y de vigilancia pública; (4) el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, lo mismo que el ambiente sano, son elementos que integran el núcleo de derechos colectivos y se convierten por tanto en materia de regulación e intensa protección; (5) las políticas económicas, sociales y ambientales, se articulan a través de los planes de desarrollo, que deben ajustarse al concepto de “desarrollo sostenible”; (6) se garantiza la libertad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común,*

---

<sup>34</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*el ambiente y el patrimonio cultural de la nación; (7) se promueve el correcto y transparente funcionamiento de los mercados, como garantía y presupuesto de la libertad económica y del eficiente funcionamiento de la economía, para lo cual el Estado debe controlar los abusos que se cometan y que distorsionen sus mecanismos; (8) se ordena al Estado estimular y mantener altos niveles de productividad y competitividad; (9) se señala que la dirección de la economía estará a cargo del Estado y que éste intervendrá por mandato de la ley en el proceso económico con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de oportunidades y la preservación del ambiente sano; (10) la actividad financiera, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con el ahorro se someten a la vigilancia estricta del Estado y a las regulaciones que se dicten; (11) el Estado debe promover la democratización del crédito; (12) los monopolios públicos sólo pueden establecerse por la ley como arbitrios rentísticos, con una finalidad de interés público o social; (13) es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; (14) se considera que es objetivo fundamental de la actividad del Estado solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, entre otras.*

*La enunciación anterior no es taxativa. Las normas de la Constitución que se refieren a la vida económica y social, plasman principios, reglas y, además, fijan metas. En su conjunto conforman un orden que se erige en patrón de validez constitucional de las políticas que se formulen y ejecuten por parte de los órganos del Estado y, al mismo tiempo, indican a éstos el sentido que debe inspirar el ejercicio diario de sus competencias". (Se subraya).*

Estos principios son vinculantes en el ejercicio de la soberanía no sólo en el orden interno, sino en las relaciones exteriores del país. Por lo tanto, el control constitucional que sobre los acuerdos o tratados internacionales y sus leyes aprobatorias realice la Corte Constitucional no puede ser meramente formal. Cada una de las cláusulas y disposiciones deben ser revisadas de manera particular y en el conjunto integral del texto para verificar si, por ejemplo, las salvaguardas o mecanismos de protección de la agricultura nacional son suficientes o no para garantizar la "efectividad" de los derechos fundamentales que puedan ser afectados.

Los representantes de la soberanía del pueblo deben considerar que la internacionalización de las relaciones económicas no es un postulado absoluto, sino que con los criterios fijados en cuanto a la conveniencia nacional, reciprocidad y equidad, reconocen de manera tácita que en el marco de la globalización, las asimetrías en los niveles de desarrollo exigen previsiones específicas para cada país y cada negociación de manera que las relaciones

comerciales no restrinjan la capacidad de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, tal y como se plantea en la sentencia C-713 de 1998 ya citada.

Se propone entonces, un cambio en la jurisprudencia que reconozca que aunque las etapas de negociación y aprobación de los acuerdos y tratados comerciales son competencia del Presidente y del Congreso, respectivamente, la Corte Constitucional puede, revisar a fondo y de manera específica y detallada, constatar si los acuerdos y tratados, y sus leyes aprobatorias contravienen o no, menoscaban o no, limitan o no, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es importante identificar otras posibilidades para que la soberanía popular tenga expresión en el manejo de las relaciones exteriores del país. Podrían incluirse derechos o temas que no puedan ser incluidos en los acuerdos o tratados internacionales, como propiedad intelectual, o el acceso a recursos naturales, biodiversidad y conocimientos ancestrales, por ejemplo.

Otras modificaciones podrían apuntar a establecer, como obligatorios, el uso de uno o varios de los mecanismos de participación democrática que prevé la Constitución en el art. 103 previos a la negociación de acuerdos o tratados que internacionalicen las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas.

Los mecanismos que define la Constitución colombiana para garantizar que la internacionalización de las relaciones se desarrolle con sujeción a la Carta fundamental y el bloque de constitucionalidad son insuficientes. La concentración ilimitada de esta facultad en el Presidente, dado el conflicto interno que existe en el país, y la ausencia de garantías para el ejercicio democrático de la oposición que se expresa en la violación sistemática de los derechos humanos en Colombia, son sin lugar a dudas evidencias de que los acuerdos y tratados comerciales hasta ahora negociados no expresan la voluntad de la soberanía del pueblo, pese a que se cumplan los procedimientos establecidos para su perfeccionamiento. La inhibición de la Corte Constitucional para revisar de fondo los tratados comerciales, contribuye a dar fuerza de ley al ejercicio arbitrario y abusivo del poder y da la espalda a la dignidad y derechos del pueblo colombiano. ¿Por cuántos años tendrán que doblar las campanas?

## Parte II

### Adecuación jurídica a los tratados de libre comercio: el nuevo orden interno

#### 1. Consideraciones generales

El proceso de concreción del TLC ha sido largo. Las negociaciones empezaron en 2004 y se cerraron hasta el 2007. Colombia adelantó el proceso de aprobación en el congreso y el control de constitucionalidad que ya se ha mencionado. Desde el 24 de julio de 2008, fecha de la sentencia de la Corte Constitucional pasaron más de tres años antes de que el Congreso de Estados Unidos lo discutiera y aprobara el 12 de octubre de 2011 y el Presidente Barak Obama sancionara la ley aprobatoria el 21 de octubre de 2011.

Las disputas de poder entre el partido Demócrata y Republicano, así como la presión de la central sindical de ese país AFLC-CIO, congelaron el proceso de ratificación interno en Estados Unidos. Se impuso la consideración de que la violación a los derechos humanos en Colombia, especialmente la violencia antisindical, impedían debatir el TLC en el Congreso. El gobierno de Álvaro Uribe realizó múltiples actividades de incidencia y cabildeo para acelerar este proceso, como la contratación de empresas especializadas, giras de funcionarios y dirigentes gremiales a ese país, invitación a Colombia de delegaciones de congresistas. Finalmente, los presidentes Obama y Santos, en abril de 2011 suscribieron un “Plan de Acción” para mejorar la situación de violencia antisindical, superar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos de los sindicalistas, cualificar la protección a las y los líderes sindicales y reducir la intermediación laboral a través de las cooperativas de trabajo asociado. Este acuerdo permitió que el Congreso de Estados Unidos aceptara debatir y por último aprobar el TLC, a pesar de que diversas organizaciones colombianas y estadounidenses expresaron su inconformidad con los vacíos en su contenido y la falta de mecanismos vinculantes para el gobierno colombiano, entre otras razones.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Este Plan considera algunas mejoras parciales en ámbitos de la regulación laboral y la protección a los sindicalistas. Pero deja por fuera temas y sectores importantes gravemente

A partir de la sanción del presidente Obama, empezó la etapa de implementación normativa en Colombia “... el cual tiene por objeto verificar que se lleven a cabo los ajustes tendientes a garantizar que el Acuerdo es compatible con nuestro ordenamiento jurídico”. En realidad lo que se verifica es lo contrario, que el ordenamiento jurídico colombiano no contraría lo dispuesto en el TLC, puesto que el texto del acuerdo no puede ser cambiado. “Agotada ésta etapa, se hace el canje de notas entre los dos gobiernos y a partir de entonces se cuentan 60 días para que el Tratado entre en vigencia.”<sup>36</sup>

El TLC no contempla un plazo para este proceso de implementación normativa. Ha habido diferentes momentos de intercambio entre funcionarios de los dos gobiernos y de los congresos de los dos países para hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos colombianos. No se sabe nada respecto a los que debe cumplir Estados Unidos. No existe un mecanismo de control que permita limitar las modificaciones que realice Colombia al contenido de los compromisos del TLC y evitar que en esta etapa el país otorgue beneficios adicionales al comercio y a la inversión estadounidenses.

El gobierno colombiano ha venido tomando diversas medidas para dinamizar el proceso de implementación, que a su juicio, según la Directiva Presidencial número 00001 DE 2012, del 16 de febrero de 2012, implica: “Las actividades que Colombia debe realizar con miras a la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio –TLC– con Estados Unidos se pueden resumir en tres grandes áreas: a) Implementación normativa; b) Adecuación institucional, y c) Aprovechamiento comercial. En esta Directiva se señala que las entidades responsables de estos procesos son las relacionadas con el Sector Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación y el Sistema Nacional de Competitividad, el Instituto Colombiano Agropecuario y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

---

afectados por vulneraciones a los derechos humanos. Este enfoque parcial, restringido y excluyente de varios temas y sectores antes considerados, ha mandado una mala señal a sectores comprometidos con la violaciones a los derechos humanos en Colombia que habrían tomado nota del mensaje, ha debilitado de la capacidad de contención de la política exterior de ese país sobre las conductas propicias a la vulneración de los derechos humanos y podría desde ya estar propiciando algunas prácticas y medidas que ponen mayores riesgos y vulneración de derechos de sectores y temas que ahora se leen como exentos de las anteriores preocupaciones. Sin haber entrado en vigencia el tratado, estas señales son indicativas que lo que podría acontecer una vez ya puesto en práctica. Coordinación Colombia Europa. <http://ddhhcolombia.org.co/node/708>

<sup>36</sup> En <https://www.mincomercio.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=14853>

### 1.1 Implementación normativa internacional

La implementación normativa, en parte, ha sido definida en el mismo tratado, en el que se señalan los acuerdos internacionales que debe ratificar Colombia y las modificaciones a la legislación interna que deben ser adoptadas.

Colombia deberá ratificar o adherir a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo los siguientes cuatro Convenios: (i) El Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (1974), (ii) el Tratado de Budapest sobre Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos para los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes (1977), y enmendado en 1980, (iii) el Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994), y (iv) el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) (1991).

Los acuerdos del segundo grupo, es decir aquellos para los cuales Colombia deberá realizar esfuerzos razonables para ratificarlos o adherir a ellos, salvo se disponga algo distinto en el Anexo 16.1, son dos: (i) el Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000), y (ii) el Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Dibujos y Modelos Industriales (1999).

Colombia deberá ratificar o adherir a más tardar el 1 de enero de 2009 (Anexo 16.1.), es el protocolo Concerniente al arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas (1989), (en el tratado se le denomina Protocolo relacionado con el Acuerdo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas (1989)) y el Acuerdo de Tecnología de la información (ITA).

El Congreso aprobó, aún antes de la ratificación del TLC en Estados Unidos, la Ley 1455 de 29 de Junio de 2011, que ratificó el “Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas” adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989, modificado el 3 de octubre de 2006 y 12 de noviembre de 2007 Este Protocolo forma parte del denominado Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas (el Sistema de Madrid), establecido en 1891, que se rige además por el Arreglo de Madrid (1891), el cual está administrado por la Oficina Internacional de la OMPI, con sede en Ginebra.

También se está tramitando la aprobación en el Congreso del proyecto de ley *para ratificar el Tratado de Budapest* sobre el cual existen graves cuestionamientos porque *“Es claro que el Tratado de Budapest les facilita a otros países los trámites para obtener patentes. De ratificarse, se correría el grave riesgo de desconocer la legislación colombiana sobre acceso y protección de la diversidad biológica, mientras la comunidad científica del país vería pasar las oportunidades de investigación y construcción de una ciencia autónoma”*<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> ZerdaAlvaro. <http://www.incp.org.co/index.php/informacion-tecnica/economico/4695-el-tratado->

También el Congreso estudia el Proyecto de ley para ratificar el “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

Sobre este tipo de obligaciones, la sentencia de la Corte adujo:

*“En relación con este capítulo, los compromisos que se establecen en materia de acuerdos internacionales de ratificar o adherir, o realizar esfuerzos razonables para ratificar o adherir, o de afirmar derechos y obligaciones existentes bajo ciertos acuerdos y organizaciones, no contrarían mandato constitucional alguno por cuanto son el resultado de la voluntad soberana de cada uno de los Estados (art. 9 superior), al pretender adecuarse a los estándares internacionales para una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, lo cual no excluye el control de constitucionalidad pues los que no han sido ratificados o adheridos deberá surtir todo el procedimiento interno establecido para la Constitución, es decir, aprobación por parte del Congreso de la República y control previo de constitucionalidad. Cabe recordar, que algunos ya han sido perfeccionados por Colombia, previa aprobación del Congreso y han sido avalados por esta Corte.”*

Habrá que esperar al momento en que la Corte Constitucional deba realizar el control automático de estos tratados y sus leyes aprobatorias. Dado el precedente que se establece con el fallo estudiado, podría anticiparse que tampoco las objeciones que puedan presentar las organizaciones sociales serán escuchadas y que en la ponderación de la Corte primará la consideración de la internacionalización de las relaciones económicas y ecológicas, por encima del deber de protección de los derechos, pues la decisión soberana del pueblo colombiano sobre estos tratados se comprometió en el marco de un TLC, aún antes de agotar los procedimientos internos de debate político y control jurídico. De esta manera, aunque formalmente el Congreso y la Corte conserven su competencia para cumplir estos compromisos, la posibilidad de que el primero no apruebe los tratados y de que la Corte los declare inexequibles es prácticamente nula.

## 1.2 Implementación normativa nacional

El TLC también contiene otros compromisos de implementación directa sobre legislación interna, cuyo cumplimiento se ha iniciado<sup>38</sup>. Pero también

---

de-budapest-y-sus-riesgos-para-colombia.html. Otras opiniones en <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1----&x=20156926>

<sup>38</sup> Barbosa Mariñ, Juan David y Lozano Ortiz de Zárate, María Clara. ¿Cómo Leer El Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos de América? Resultados Preliminares de la línea de investigación Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos. 2008. <http://>

sucede que hay cambios normativos que aunque tienen estrecho vínculo con la implementación del TLC se incorporan de manera difusa o no explícita. Al parecer, el gobierno colombiano tomó en cuenta la experiencia del gobierno peruano que produjo un paquete de más de cien decretos fuertemente cuestionados hasta el punto que debió modificar algunos.

Los compromisos específicos del TLC, abarcan diferentes áreas legislativas como la comercial, tributaria, aduanera, sobre servicios públicos (financieros y postales) y de comercio exterior:

- La creación de una exención tributaria para los envíos de entrega rápida de US\$ 200 o menos.
- La modificación de procedimiento y términos para el despacho de mercancía (actualmente Decreto 2685 de 1999)
- La adopción del sistema de envíos de entrega rápida con ciertas características tales como eliminar consideraciones de peso o valor de aduana
- La expedición del decreto reglamentario del procedimiento de salvaguardia del TLC.
- La modificación del Código de Comercio en lo relativo al contrato de agencia comercial.
- La modificación a la ley modificatoria Ley 35 de 1993 con el fin de permitir la subcontratación de la administración total o parcial de portafolios de inversión con instituciones financieras de Estados Unidos.
- La modificación al decreto modificatorio del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) que permita a los residentes en Colombia tomar seguros en el exterior.
- La expedición del decreto reglamentario de la figura de los productos distintivos para el caso del whiskey “Tennessee y Bourbon”.

Junto con estas previsiones, el Congreso y el Gobierno han venido desarrollando legislación relacionada con la implementación en general de los tratados de libre comercio en las más variadas materias. Por ello, el seguimiento de la adecuación normativa es complejo y requiere el concurso de especialistas en las diversas materias.

Algunos de los proyectos o normas ya vigentes son: Decreto 19 de 2012 sobre descongestión de trámites<sup>39</sup>, proyecto de Ley del proceso<sup>40</sup>, Proyecto

---

[www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/7BarbosayLozano\\_001.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7BarbosayLozano_001.pdf)

<sup>39</sup> Facilita la formalización de empresas y los trámites relacionados con el cumplimiento de obligaciones legales de las personas jurídicas en diversos aspectos

<sup>40</sup> Busca adoptar un solo esquema procesal para las diferentes jurisdicciones del sistema judicial colombiano, introduciendo la oralidad como característica común que agilice los procedimientos



de reforma a la justicia<sup>41</sup>, propuesta de eliminación del impuesto de salida para turistas extranjeros, propuesta de exención al impuesto de renta para la construcción de hoteles, proyecto de nuevo estatuto aduanero, proyecto de ley sobre alianzas público privadas<sup>42</sup>, la creación del Sistema Administrativo Nacional de Propiedad Intelectual (CIPI)<sup>43</sup>, Ley Orgánica 1454 de 2011 o de Ordenamiento Territorial<sup>44</sup>

Una vez conocida la noticia de la ratificación del TLC en Estados Unidos, nuevamente los sectores amenazados por la llegada de productos subsidiados expresaron nuevamente sus preocupaciones, particularmente porque aunque durante la negociación el gobierno anunció la puesta en marcha de la agenda interna, el programa Agroingreso Seguro se vio salpicado por escándalos de corrupción y se reconoció que no había avances en cuanto a la infraestructura necesaria ni sobre la diversificación de la oferta exportable. También han señalado la ineficiencia del Estado para garantizar de manera real el acceso de productos como la carne al mercado de Estados Unidos por la aplicación de normas fitosanitarias.

Frente a estas objeciones se viene adelantando, la adecuación institucional de las entidades relacionadas con controles sanitarios y fitosanitarios (ICA e Invima) y la creación de Creación del Instituto Nacional de Metrología (INM): que permitiría más confiabilidad a las mediciones en todos los sectores económicos del país y brindaría confianza a los mercados exteriores<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Al permitir la mayor injerencia del ejecutivo en el nombramiento de las altas cortes, puede tener incidencia en los criterios políticos de salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales. Así mismo, la posibilidad de restringir el principio de gratuidad de la justicia a través de operadores privados (notarías y abogados que cumplen funciones judiciales) otorgan mayor poder a las partes con mejores condiciones económicas para debatir sus derechos

<sup>42</sup> Este proyecto de ley establece una forma de contratación de obras públicas en el que el Estado tiene un máximo de participación del 20% del valor total, con un plazo máximo de 30 años orientado a la participación del sector financiero: Según el Director de Planeación, Hernando José Gómez “Esto nos va a permitir que los fondos de pensiones, los fondos de las aseguradoras y los de inversión, comiencen a invertir, porque vamos a separar al inversionista de quien hace la obra. Quien asume el riesgo, tiene que estructurar el proyecto y escoger a los mejores constructores, aquellos que tengan el mayor interés en hacerlo, lo más pronto y barato posible, porque es a partir de la entrega la obra que van a comenzar a recibir los ingresos por cuenta de la prestación del servicio”.

<sup>43</sup> Decreto 1162 de 2010.

<sup>44</sup> Se ha cuestionado porque no incluye participación de pueblos indígenas y afrocolombianos y por privilegiar una perspectiva economicista en las posibles asociaciones que impulsen los municipios en las diferentes regiones. El fortalecimiento del centralismo de la ley favorece el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el poder ejecutivo en los tratados de libre comercio

<sup>45</sup> “El nuevo INM es resultado del compromiso conjunto del Gobierno, con los sectores industrial y empresarial para alcanzar estándares reconocidos que a su vez le aporten competitividad al mercado colombiano. La importancia de esta nueva institución ha sido reconocida por el mismo Director de Planeación Nacional, Hernando José Gómez, quien manifestó: “También es necesario crear el Instituto Nacional de Metrología para medir

El jefe de la negociación del TLC con Estados Unidos, Hernando José Gómez fue designado como 'Zar' del TLC. En sus palabras<sup>46</sup>, porque la autora de este trabajo no ha encontrado el acto administrativo que así lo designa, sus funciones son *“adecuar la reglamentación que se requiere para lograr que se vean más exportaciones, más empleo e incorporación de nuevas tecnologías al país. (...) enrutar al sector privado hacia el aprovechamiento de las oportunidades del TLC, a través de la generación de la oferta. Eso supone un proceso de articulación del Gobierno para que salgan las regulaciones y una coordinación con las autoridades americanas. El 'zar' es para acortar la curva de aprendizaje con el TLC, para que podamos montar muy rápido toda la logística y sacarle el mayor provecho.”* Considera el Zar que, *“...Colombia puede crecer al 8 o 9 por ciento, una vez resolvamos el cuello de botella de la infraestructura y pongamos a todo el mundo a trabajar en un proceso de internacionalización de la economía. ...Con el sector privado estamos empezando a ubicar productos que se importan mucho en EE. UU. y que aquí podemos producir en más cantidad. Queremos ser ambiciosos y buscar empresas internacionales que vendan productos sofisticados en ese mercado para que, gracias al acceso preferencial que tenemos, podamos ser plataforma para que exporten desde Colombia. ...Mi labor es ser el animador de todo el proceso, hacer la articulación, garantizar que se cumplan los tiempos de definiciones y reportarle al Presidente la evolución. ...El gran reto es generar oferta exportable, cumpliendo con requisitos sanitarios y fitosanitarios. La Ley de restitución de tierras va a ayudar a generar oferta. Va a ser un enfoque tanto empresarial como de economía campesina.”*

En otras palabras, compete a este funcionario superar el atraso de más de 20 años en la infraestructura vial del país, e impulsar la oferta exportable idespues de haber concluido la negociación!. Entonces, es claro que las ganancias para el país, anunciadas como contrapeso a las pérdidas de los sectores agrícolas e industriales colombianos, no eran claras durante la negociación y no son claras en la etapa de implementación. En otras palabras, el país no tiene claridad sobre cuáles son los nuevos productos que podrían tener acceso al mercado estadounidense.

La Corte Constitucional en su análisis abstracto, aceptó como ciertos los argumentos del gobierno en la exposición de motivos de la ley aprobatoria del TLC y aplicó el principio “indubio pro legislatoris”, para declarar la

---

cualidades de los productos, a fin de que cumplan con altos estándares de calidad” En [http://economia.terra.com.co/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201110312217\\_TRC\\_80419478](http://economia.terra.com.co/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201110312217_TRC_80419478)

<sup>46</sup> Morales M., Martha. ‘Zar’ del TLC espera que economía del país crezca más de 8%. Entrevista en El Tiempo, 20 de enero de 2012. En <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10971681>

constitucionalidad del acuerdo, cuando lo que hubo, durante las etapas de negociación y aprobación fue la certeza de las pérdidas económicas y no así, certeza sobre los nuevos sectores beneficiarios de esta política económica.

## 2. Temas sensibles en la implementación

En la normatividad de la implementación pueden afectarse los derechos fundamentales, de acuerdo con lo planteado en las intervenciones ante la Corte Constitucional reseñadas. Se presentan algunos ejemplos:

### 2.1 *Inoperancia de la salvaguarda*

En el acuerdo se establecieron cupos de importación desde Estados Unidos que no pagarán arancel al ingresar a Colombia. Cumplido el contingente, la SEA (Salvaguarda Especial Agrícola) se dispara y a partir del siguiente kilo se les impone el gravamen arancelario. La incertidumbre en el agro colombiano surgió a raíz de un proyecto de decreto de reglamentación de la SEA elaborado por el ministerio de Comercio en el cual su aplicación tenía grandes dosis de discrecionalidad, quitándole a ese instrumento su carácter automático, lo que llevaría a que ingresaran productos libres de arancel por encima del cupo negociado con efectos negativos en diferentes sectores del agro”.

El Ministerio de Comercio Exterior Debate se comprometió a hacer consultas y garantizar que el mecanismo de funcione de forma automática <sup>47</sup> para proteger sectores sensibles de la agricultura colombiana.

La eficacia o ineficacia del mecanismo de salvaguarda tiene implicaciones en la capacidad de producción de alimentos y por lo tanto, en la seguridad alimentaria. Por ello, la sola mención de su inclusión en el TLC, contrario a lo aducido por la Corte, no es suficiente para afirmar que ésta sea una herramienta eficiente de protección de la agricultura colombiana y menos que permita, en el marco del TLC, cumplir con los criterios de reciprocidad y equidad que exige la Constitución Política en la internacionalización de las relaciones económicas.

### 2.2 *Aceleración de la desgravación*

También podrían afectar el sector agrícola la modificación del régimen arancelario que fue realizada mediante los Decretos 4114 y 4115 de noviembre de 2010, 492 y 511 de febrero de 2011 y 562 de marzo de 2001, con los que

---

<sup>47</sup> <http://www.portafolio.co/negocios/agro-tendra-proteccion-inmediata-tlc-ee-uu>

se efectuó la modificación del arancel colombiano dejándolo en promedio en 8,3% nominal, con lo que el gobierno pretende generar ventajas competitivas y minimizar las distorsiones en los costos de producción.<sup>48</sup> Esta reducción en las tarifas arancelarias tendrá directa incidencia en la aplicación de las tasas de desgravación previstas en el TLC, pues se aplicarán las normas vigentes al momento de entrar en vigor el tratado y no las que estaban vigentes cuando se cerró la negociación.

En otras palabras, esta reducción de tarifas acelera la entrada de mercancías con cero arancel al mercado colombiano, debilitando así uno de los mecanismos que se dice, permitían a los productores nacionales dar tiempo a los sectores productivos colombianos adecuarse a las condiciones del mercado internacional, mejorar su competitividad y así superar las asimetrías reconocidas respecto de los productores estadounidenses.

Es necesario preguntarse cuáles son las acciones jurídicas de protección a los derechos fundamentales que la ciudadanía puede ejercer, ya se trate de productores-as o consumidores-as de alimentos, cuando las pérdidas económicas alteren la oferta de alimentos y por lo tanto, se restrinja limite la seguridad alimentaria del pueblo colombiano.

### *2.3 Propiedad intelectual y monopolios*

El gobierno ha anunciado una próxima regulación de los medicamentos biotecnológicos, que son los derivados de organismos vivos mediante la aplicación de tecnologías de punta. En Colombia hay registrados 35, “... *son costosos y producidos por farmacéuticas multinacionales y, para el caso colombiano, prácticamente sin competidores ‘genéricos’ o biocompetidores, lo que se refleja en sus precios y en los valores recobrados al Fosyga.*”<sup>49</sup>

El Ministerio de Salud ha declarado que su interés es garantizar la calidad de los medicamentos a través de criterios claros y objetivos, que resten la discrecionalidad que actualmente el Invima tiene al respecto. La discusión se centra en si podría o no exigir pruebas preclínicas y clínicas. En el debate hay dos posturas.

---

<sup>48</sup> [http://sinergia.dnp.gov.co/sinergia/Documentos/Informe\\_Congreso\\_Presidencia\\_2011\\_WEB.pdf](http://sinergia.dnp.gov.co/sinergia/Documentos/Informe_Congreso_Presidencia_2011_WEB.pdf)

<sup>49</sup> “Un estudio de Fedesarrollo indica que de los 10 principales medicamentos recobrados al Fosyga en los últimos tres años, ocho son biotecnológicos. La misma investigación señala lo siguiente para Colombia: el Adalimumab vale 173 por ciento más que en el Reino Unido; el Interferón Beta 1-B cuesta 3.204 por ciento más que en otros países. El precio del Rituximab supera 3.500 dólares, mientras que en el Reino Unido es tan solo 278 dólares. Correa C, Jorge. Puja por biotecnológicos pone en juego \$1.4 billones.” En <http://www.portafolio.co/economia/puja-biotecnologicos-pone-juego-14-billones>.

Alberto Bravo, de Asinfar, entidad que intervino en la revisión del TLC ante la Corte Constitucional, *“insiste en que es indispensable derribar las barreras artificiales que bloquean la competencia en el sector de medicamentos, incluidos los biotecnológicos y sin las cuales sus precios deben bajar.”*

Ya Germán Holguín, de Misión Salud había advertido que

*“... hace rato que las multinacionales farmacéuticas establecidas en Colombia, y el gremio que las aglutina, comenzaron a coaccionar al gobierno colombiano para que adopte medidas que hagan del TLC un instrumento íntegramente favorable a sus intereses.*

*Para citar unos pocos ejemplos, las compañías multinacionales están tratando de conseguir una política farmacéutica nacional que fortalezca su monopolio y bloquee la oferta de genéricos económicos. En segundo lugar, una reglamentación de los medicamentos biotecnológicos que consolide el monopolio de las multinacionales, y cierre las puertas a la industria nacional en este campo, que es el futuro de la industria farmacéutica. Como si fuera poco, que la SIC adopte una guía de examen de patentes farmacéuticas que facilite su otorgamiento a las multinacionales pero no a los nacionales. Pretenden que el Sistema Nacional de Salud no establezca precios máximos de recobros al Fosyga.*

*Simultáneamente presionan al Invima para que no otorgue registros sanitarios cuando exista una solicitud de patente en trámite (“linkage”), y para que otorgue protecciones de ‘segundo uso’, como ocurrió recientemente con la Dapoxetina, a la que se le brindó protección para el tratamiento de la eyaculación precoz, a sabiendas de que primero fue desarrollada internacionalmente como antidepresivo.”<sup>50</sup>*

El vínculo entre esta regulación y la implementación del TLC es obvia. En el documento Pharmaceuticalresearch and manufacturers of America, Special 301 submission 2010, elaborado por PhRMA) para la USTR (por sus siglas en inglés la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos)<sup>51</sup> Colombia está en la “Watchlist” o bajo vigilancia por lo que contiene recomendaciones que debería atender el país. Entre ellas, *“Para solo citar unos ejemplos, a nuestro país le piden que desmonte el incipiente régimen de control de precios de medicamentos; se solicita que establezca una normatividad de patentes para los productos biotecnológicos y de segundo uso y que extienda la protección de datos de los productos de estas multinacionales. Esto hace, en la práctica, imposible cualquier reproducción local de productos biotecnológicos y por ende preserva el monopolio del que gozan estas empresas”.*<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Germán Holguín Zamorano. El país, 30 de octubre de 2011, <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/estado-debe-incentivar-produccion-genericos-german-holguin-zamorano>

<sup>51</sup> Dependencia del Gobierno estadounidense creada para sincronizar las políticas entre la industria y el gobierno en las negociaciones comerciales con otros países

<sup>52</sup> Lara, Rodrigo. El TLC y el sistema de salud. El Espectador, 21-02-1012, en <http://www.elspectador.com/impreso/opinion/columna-328004-el-tlc-y-el-sistema-de-salud>

Entonces, como en muchos de los temas sensibles, habrá que esperar a la reglamentación del Gobierno. En el mes de marzo se señaló que la “*Modificación de normas sobre derechos de autor, conexos y observancia en materia de propiedad intelectual: se analiza y discute con la Oficina Comercial de EE. UU*”,<sup>53</sup> pues en este tema, las consideraciones que ha de realizar el Gobierno debe, en términos del TLC, respetar las expectativas de ganancias que tienen las empresas multinacionales productoras de medicamentos.

Hay dos escenarios posibles: si protege el derecho a la salud y no los intereses de las multinacionales farmacéuticas éstas podrían demandar al Estado colombiano y llevarlo a un mecanismo de arbitraje inversor-Estado. Pero si en cambio, opta por mantener y asegurar el monopolio que hoy tienen sobre este tipo de medicamentos tienen las empresas multinacionales, las y los ciudadanos podrían demandar la norma ante la Corte Constitucional para que sea declarada inexecutable.

No es claro cuál sería el mecanismo para exigir la indemnización por los perjuicios que la reglamentación podría causar al Estado, por incrementar los costos de los medicamentos y por lo tanto en el Sistema Nacional de Salud. Si por ejemplo, una o un ciudadano no tiene el dinero para cubrir los costos y no logra la protección del derecho a través de una acción de tutela, ¿a quién podría acudir?. Este desbalance previsible podría haberlo evitado la Corte Constitucional si en la ponderación que hizo hubiera asignado mayor valor al derecho a la salud que el que dio al derecho a la propiedad intelectual. O si hubiera privilegiado el principio del Estado Social de Derecho por sobre la internacionalización de las relaciones económicas. Ojalá sus recomendaciones sobre el respeto al derecho a la salud en la puesta en marcha del TLC sean acogidas por el Gobierno, pero como lo explicó el Magistrado Jaime Araújo Rentería, la parte motiva no es vinculante en las sentencias. Una vez entrado en vigor el TLC, seguramente tendrá más fuerza de convicción el poder que tienen las empresas multinacionales con los instrumentos de defensa de sus inversiones que el de las posibles acciones de las y los ciudadanos afectados por la implementación.

### *2.3.1 La máscara o la amenaza del cumplimiento*

Casi a punto de publicar este trabajo, el 20 de marzo, el gobierno presentó ante el Congreso, con mensaje de urgencia, el proyecto de ley No. 201 “Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del

---

<sup>53</sup> Agenda comercial va por más mercados. En [portafolio.co/economia/agenda-comercial-va-mas-mercados](http://portafolio.co/economia/agenda-comercial-va-mas-mercados).

acuerdo de promoción comercial suscrito entre la república de Colombia y los Estados Unidos de América y su protocolo modificatorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica”. El título del proyecto no fue ingenuo. Por el contrario, constituyó una presión o advertencia para las y los congresistas, al sugerir que de no ser aprobado, se incumpliría con las obligaciones adquiridas. ¿Por qué la premura? El gobierno buscaba que, para cuando se celebrara la VI Cumbre de las Américas el 14 y 15 de abril, a la que asistiría el presidente Obama, ya se hubieran cumplido todos los requisitos de adecuación legislativa para la implementación. Y logró su propósito, porque este proyecto fue aprobado velozmente como ley 1520 de 2012, sin mayor estudio ni debate en el Congreso, pese a las protestas de algunos senadores y organizaciones no gubernamentales. Se ha afirmado que es la ley aprobada más rápidamente en la historia legislativa colombiana.

Con esta ley se modificaron disposiciones contenidas en la Ley 23 de 1982, sobre uno de los llamados temas sensibles durante todo el proceso de negociación del TLC: la propiedad intelectual, en aspectos como la ampliación del plazo de protección a personas jurídicas de 50 a 70 años, la reducción de la cuota de pantalla de producción nacional de televisión en franjas triple A del 50% a un 30%, la prohibición de retransmitir señales de televisión por internet.

La red RedPaTodos (<http://redpatodos.co/blog/comentarios-juridicos-de-redpatodos-al-proyecto-de-ley-201-de-2012/>) presentó al Congreso diversos argumentos jurídicos para sustentar su desacuerdo con el procedimiento y contenido del proyecto de ley. Presentamos algunos de ellos:

*“La implementación de las exigencias del gobierno norteamericano para la firma del Tratado de Libre Comercio con EE.UU. se ha dado en un escenario de celeridad. Esta celeridad, ajena a un análisis juicioso y detallado de los efectos que pueda tener sobre nuestro sistema normativo, nos plantea gran preocupación, pues al estabilizar nuestro actual régimen de propiedad intelectual con el de dicho país, estamos desconociendo una tradición jurídica que nos antecede desde que Diderot, en su manifiesto sobre el comercio de libros, quiso resaltar la importancia del rol de los derechos de autor en una sociedad justa y equitativa, y no, en un modelo de excesiva protección a la explotación de los derechos patrimoniales de autor. Ello se puede evidenciar en la gran tensión existente entre el copyright y el derecho de autor de tradición jurídica continental.*

*Y es que tratar de acompañar los dos regímenes, de la forma como el TLC nos lo exige, es someterse a una normativa que favorece los intereses de la gran industria cultural, cediendo ante ésta y pasando por encima de una política de acceso universal al conocimiento y la información, claro está, en una etapa posterior a que los autores/titulares hubiesen recuperado su inversión a través de una explotación controlada y limitada de las obras. No por ello queremos desconocer el hecho que antecede la ampliación de la protección de los derechos patrimoniales en EE.UU. justamente en*

*el momento en que The Walt Disney Company estaba a punto de dejar muchas de sus creaciones en un dominio público que, enfatizamos, no es otra cosa sino una justa retribución a la sociedad misma.*

*A esta altura del debate conviene preguntarnos si como Estado Social de Derecho, tema que abordaremos más adelante, Colombia esta dispuesta a anteponer los intereses de unos pocos frente a un interés general. De hecho, cuando se inició la discusión de este Tratado, era claro que estábamos inmersos en un supuesto en el que Internet era básicamente un sueño y, por tanto, las capacidades de acceso y uso de los contenidos más allá del mercado en ambientes de educación, cultura y ciencia tenían presupuestos muy diversos, lo cual nos lleva a razonar que hoy en día regular derecho de autor tiene un alcance e impacto muy diferente, ya que la intención misma, del gobierno colombiano de tramitar este proyecto de ley en un llamado de urgencia y en escasas tres semanas va en contravía del necesario, importante y debido debate que la norma debe propiciar entre tres sectores, a saber, gobierno, legislativo y los sectores interesados que no son solamente los de la industria del entretenimiento.*

*(...)*

*Es por ello que insistimos que adecuar nuestra normativa a un compromiso, no debe implicar un sometimiento, pues acá no se trata sólo de hacer el reglamento de una ley ya aprobada, esta norma define la política pública sobre su implementación que, como en cualquier tratado, tiene un margen en el que es posible definir y moldear espacios. De hecho, la propuesta del Gobierno propone un alcance superior en algunos temas bien sea por su aproximación conceptual o por su mecanismo de reforzamiento al esquema de observancia. Esto debe ser objeto de análisis por el congreso considerando que el propio tratado admite que la implementación debe hacerse con base en el régimen jurídico local.*

*Lamentamos profundamente la decisión del gobierno de evitar la discusión pública e incluso no ofrecer la necesaria y oportuna información para una discusión apropiada y creemos firmemente que la no tramitación del proyecto de ley como solución efectiva está en manos del Congreso de la República, el cual, representa a todos sus electores y no a un puñado de empresas que pretenden subsistir en un nuevo mercado con sus obsoletos modelos de negocio, ello a costa de derechos y garantías fundamentales que como lo analizaremos a continuación se verán seriamente afectados. Por último, resaltamos que a través de todas las movilizaciones que hoy en día la sociedad realiza, deben llevar a nuestros legisladores a que éstos sean obligados a pensar que todo esto se trata de momento crucial que definirá las pautas y reglas de juego de nuestra sociedad de la información y el conocimiento. Así, pues, en atención a las anteriores consideraciones procedemos a exponer nuestros comentarios y contra-propuestas del articulado sobre el proyecto de ley.*

#### **Comentarios y sugerencias de RedPaTodos**

##### **ARTICULO 1.**

*Este artículo menciona las leyes 44 y 23 cuando la última ley que se ocupa del tema es la Decisión 351 de 1993. El silencio se debe seguramente a*



*que no podemos por esta vía modificar una norma comunitaria, valdría la pena que se explicara cómo se integrará esta norma entonces al sistema nacional, particularmente si llegara a haber un conflicto entre ellas. En todo caso el art. 61 de la ley 44 no es el que modifica el 8 de la Ley 23 y en consecuencia hay un error allí evidente.*

*En lo de fondo el artículo incluye definiciones ya presentes en la ley colombiana aunque no todas, hay definiciones provenientes del TLC y otras nuevas. Extrañamos la explicación sobre porqué se incluyen unas, otras no y también la forma como las definiciones nuevas del TLC se han implementado en otros países PROPONEMOS analizar el alcance de algunos términos nuevos a la luz de la ley local y retirar de este artículo las definiciones nuevas específicamente “lucro”.*

**DEFINICION DE LUCRO.** *PROPONEMOS suprimir esta definición que no forma parte de las obligaciones TLC. Se trata de un término que genera una gran controversia en el sector actualmente. La forma como se define y la intención de la misma debe ser explicada. De hecho cuando surge en el TLC la idea del lucro se habla de “ventaja comercial o ganancia financiera privada” (art 16.7.4.(a) ult párrafo) no es una simple ganancia o provecho. Abordar este tema es comprometer discusiones mucho más amplias como las de excepciones y limitaciones en general y referidas sobre todo aquellas que se sustentan en ese tipo de conceptos como la que se discute en Canadá (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/6375/125/>) y UK (<http://www.ipo.gov.uk/pro-policy/consult/consult-live/consult-2011-copyright.htm>) sobre “contenido generado por usuarios”-*

### ARTICULO 3.

*La presunción de titularidad que se argumenta en la expresión “manera usual” acorde a la redacción del proyecto de ley no es clara a la luz de la nueva problemática de distribución de contenidos en internet. El contenido muchas veces subido por el mismo usuario de las plataformas de distribución puede no contar con la relación necesaria de titular – obra y puede ser compartida con diferentes nombres lo cual conlleva a analizar que no es un procedimiento muy práctico ni realista con la dinámica de contenidos en internet. Además dentro de las situaciones propias de los usuarios de internet y bajo la doctrina del uso justo enquistada favorablemente para los ciudadanos en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos y a la cual no se hace mención dentro de los proyectos de ley propuestos para cumplir con los compromisos adquiridos con Estados Unidos en el marco de la negociación del TLC. En consecuencia las obras pueden ser remezcladas o modificadas bajo los criterios de esta doctrina que a nuestro juicio son fundamentales para el bienestar de la creatividad. Estas dinámicas permiten cambiar de titular fácilmente, potenciando a la multiplicación exponencial de creadores y obras, por lo cual una acción por parte de los titulares de las obras originales a esta transformación y dinamismo de contenidos puede minar la libertad de creación de los usuarios en la red que se puede considerar como una conquista humana gracias a las actuales posibilidades. PROPONEMOS Analizar los esquemas de flexibilidad que existen en ordenamientos actuales como la excepción de “contenido generado por*

*usuario” que se discute en Canadá e Inglaterra para generar equilibrios con estos temas, pero adicionalmente se deberá trabajar también temas como el de obras huérfanas.*

**ARTICULO 6.**

*Se extiende por 20 años más el monopolio de la explotación de los derechos patrimoniales. Claramente esta extensión solo favorece a las compañías que detentan la explotación de obras que son plausibles de explotar en virtud de su carácter de populares, y que por lo tanto el ingreso al dominio público conlleva una reducción de sus beneficios. A pesar de lo anterior ésta extensión es de esperarse en tanto que es común que los TLC homogenicen la legislación de la parte fuerte del tratado sobre lo que exista anteriormente. En Colombia esto debe interpretarse como el cambio de 50 a 70 años para la protección de los derechos patrimoniales de autor para las obras cuyos titulares sean personas jurídicas, como es en la inmensa mayoría las grandes editoriales, pero también la producción del Estado que es pagada con los recursos de todos.*

*PROPONEMOS, en el marco del artículo 16.1.13 debe ser expreso que este plazo sólo afecta a las obras nuevas, es decir aquellas que se creen con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley y así al menos evitamos su efecto retroactivo, proponemos entonces que se consagre con efecto ultractivo expresamente.*

*(...)”*

La inconstitucionalidad de la ley ya fue demandada ante la Corte Constitucional por el senador Camilo Romero, quien considera que “las normas constitucionales vulneradas por esta norma son: el artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, el artículo 15 sobre el derecho a la intimidad, el artículo 20 sobre libertad de expresión, el artículo 29 sobre el debido proceso y el artículo 158 sobre unidad de materia.” ¿Será ésta una oportunidad para que la Corte Constitucional proteja los derechos, o para que siga fallando?.

#### *2.4 Plan Nacional de Desarrollo: locomotoras para el TLC*

La ley 1450 de 2011, aprobó del Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para todos”. El plan contiene la definición de las llamadas locomotoras de desarrollo: infraestructura, agricultura, vivienda, minería, e innovación. En el capítulo 2, relativo a crecimiento sostenible y competitividad, en el punto de innovación para la prosperidad, se reglamentan aspectos variados como derechos de autor, propiedad intelectual, definiciones de tamaño empresarial, promoción del desarrollo en la contratación pública, beneficios tributarios, contratos de estabilidad jurídica, entre otros.

Frente a las pequeñas y medianas empresas, establece, particularmente las condiciones en que podrían las entidades estatales adoptar en su beneficio

“convocatorias limitadas a éstas”, de acuerdo con los compromisos internacionales.<sup>54</sup> Esta disposición derogó la previsión del monto máximo de 750 salarios mínimos para impulsar la contratación con este tipo de empresas al . De esta forma, se limita su promoción como política de gobierno.

En aspectos agropecuarios y de desarrollo rural, la ley permite que tierras que “*fuero n adjudicadas como baldíos o adquiridas a través de subsidio integral de tierras*”<sup>55</sup> sean adquiridas aunque consoliden propiedades de extensiones mayores a las previstas para las Unidades Agrícolas Familiares UAF, con el fin de desarrollar “proyectos especiales agropecuarios y forestales”.

Esta norma da un paso atrás en la legislación agraria del país, que en desarrollo de las normas constitucionales buscaba garantizar el acceso a la tierra de las y los trabajadores agrarios<sup>56</sup>. La Corte Constitucional tendrá que pronunciarse sobre las disposiciones de la Ley 1450 de 2012 cuya inexequibilidad ha sido demandadas<sup>57</sup> porque “*profundizarán la preocupante concentración de la propiedad rural en Colombia. Al eliminar las restricciones para la adjudicación y comercialización de bienes baldíos, los grandes propietarios, incluidos las empresas extranjeras, podrán adquirir la propiedad y el usufructo de miles de hectáreas de tierras estatales. Por ejemplo, con las modificaciones del PND, una compañía podrá apropiarse de 10 mil o más hectáreas en la altillanura (en realidad, la ley no establece ningún límite), tierras que podrían resolver el problema de la tenencia de la tierra de muchas familias campesinas.*”

Esta legislación, tiene un estrecho vínculo con la inversión extranjera que como se dijo, es objeto de protección central del TLC. El interés en el mercado de tierras está expresado así en la demanda de inconstitucionalidad mencionada:

*En efecto, la reglamentación de estas normas, particularmente del artículo 62, demuestra que las compañías extranjeras podrán explotar y apropiarse de los bienes baldíos. De acuerdo con un artículo del periódico El Tiempo titulado El Gobierno reglamentó megaproyectos agropecuarios, después de que el gobierno nacional anunció la reglamentación de los artículos que se demandan, el cultivador de soya Carlos Ángel afirmó: “Esta reglamentación era la que estábamos esperando; además, no le quepa la menor duda de que resonará en el extranjero y hará agilizar la toma de decisiones de los inversionistas de Argentina y Brasil, entre otros”<sup>58</sup>.*

<sup>54</sup> Art- 32 Ley 1450 de 2011

<sup>55</sup> Art. 60 Ley 1450 de 2011

<sup>56</sup> <http://www.kaosenlared.net/noticia/188273/tlc-destruccion-agro-colombia>

<sup>57</sup> Acción presentada por JORGE ENRIQUE ROBLEDO CASTILLO, Senador de la República y WILSON NEBER ARIAS CASTILLO, Representante a la Cámara. Expediente D8924. Admitida la demanda contra arts. 60, 61, 62 Ley 1450 de 2012.

<sup>58</sup> “El Gobierno reglamentó megaproyectos agropecuarios”. En: El Tiempo, 12 de diciembre de 2011, Pág. 21.

Colombia es uno de los países que cuenta con una importante cantidad de tierras no cultivadas, lo que la hace muy atractiva para países y empresas que desean adquirir predios. De acuerdo con el informe *Generando el interés global sobre las tierras de cultivo*, el Banco Mundial (2010) señala que Colombia tiene cerca de 21.5 millones de hectáreas de tierras no cultivadas aptas para la agricultura, lo que representa el 7,5% del total de América Latina, y convierte a nuestra nación en el cuarto país con mayor cantidad de tierras disponibles, detrás de Brasil, Bolivia y Argentina<sup>59</sup>.

Los inversionistas extranjeros –gobiernos y empresas privadas– están avanzando en la adquisición de tierras en Colombia. En el municipio de Pivijay, Magdalena, el grupo económico Merhav, de Israel, adquirió 10 mil hectáreas para sembrar caña de azúcar que usará para la producción de etanol<sup>60</sup>. De acuerdo con un artículo del diario *El Tiempo*, inversionistas extranjeros están adquiriendo grandes extensiones de tierra en la altillanura<sup>61</sup>. El informe de prensa señala que “al menos cinco empresas extranjeras ya tienen proyectos en la zona (altillanura) para cultivar maíz en rotación con soya, y, en otros casos, caña azucarera o palma de aceite para biocombustibles. Entre las compañías foráneas se destacan el grupo Maggi, de Brasil; Mónica Semillas, de Bolivia, con 12.000 hectáreas, y Cargill, multinacional estadounidense que está entre las 10 empresas más grandes del mundo en comercialización de materias primas agrícolas, con 25.000 hectáreas”.

No obstante, esta dinámica de la compra masiva de tierras por actores extranjeros y grandes grupos financieros de la economía nacional, no sólo ha sido un análisis de la prensa local o extranjera, sino que ha sido objeto de rigurosos estudios como el informe realizado por la investigadora Yamile Salinas para la Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe en mayo de 2011<sup>62</sup>, el cual señala que diversas multinacionales agropecuarias, estados y conglomerados financieros, están adquiriendo (y/o pretenden hacerlo) vastas extensiones de tierra en los departamentos de Meta y Vichada, dinámica que se había visto obstaculizada según los mismos inversionistas por la “limitante burocrática” que imponía la Unidad Agrícola Familiar – UAF<sup>63</sup>, pero que con lo dispuesto en la norma en referencia demandada, queda abierta la posibilidad para la adquisición o

<sup>59</sup> BANCO MUNDIAL, Op. Cit.

<sup>60</sup> Grupo de Israel Merhav trae US\$350 millones al campo, Portafolio. Consultado el 21 de noviembre de 2010. En [http://www.portafolio.com.co/economia/pais/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR\\_PORTA-8343389.html](http://www.portafolio.com.co/economia/pais/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-8343389.html).

<sup>61</sup> Domínguez, J.C. (2010, 30 de agosto). Altillanura, una despensa con claro acento extranjero. *El Tiempo*, pp. 2.1-2.2.

<sup>62</sup> SALINAS, Yamile. (2011). “Dinámicas en el Mercado de la tierra en Colombia”, Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), regional América Latina y el Caribe. Disponible en: [http://www.indepaz.org.co/attachments/608\\_COLOMBIA%20TIERRAS%20SALINAS%20MAYO-11.pdf](http://www.indepaz.org.co/attachments/608_COLOMBIA%20TIERRAS%20SALINAS%20MAYO-11.pdf)

<sup>63</sup> Reportaje de la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas titulado “Detrás de Mónica otros vendrán”, disponible en: [http://www.fenalce.org/arch\\_public/reportaje.pdf](http://www.fenalce.org/arch_public/reportaje.pdf)

*uso en grandes áreas de tierra que tienen antecedente de baldíos, no sólo en la Altillanura, sino en cualquier zona del país.*

*Por esta razón, con las modificaciones introducidas a la Ley 160 de 1994 se está autorizando la extranjerización de los terrenos baldíos, situación que viola la seguridad alimentaria y la soberanía nacional.*

Cabe preguntarse por los criterios que aplicará la Corte Constitucional para resolver esta demanda: si mantiene la línea jurisprudencial desarrollada para bendecir el TLC, seguramente declarará exequibles las normas para así favorecer la internacionalización de las relaciones económicas y ecológicas del país. Ojalá no sea así. Ojalá, retome las interpretaciones contenidas en las sentencias C-595 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-536 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en las que declaró la constitucionalidad de los artículos de la Ley 160 de 1994, que establecían la UAF como protección a las y los trabajadores agrarios y a la economía campesina la Ley 160 de 1994 que ahora son derogados por la Ley 1450 de 2012.

## 2.5 ¿Minería para quién?

La minería es una de las cinco locomotoras o ejes de desarrollo económico del Plan Nacional de Desarrollo por es el sector económico más dinámico de los últimos años debido al aumento de los precios internacionales del petróleo, el oro, el níquel y el carbón. El manejo de este sector, el uso de los recursos que genera, así como la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en las decisiones sobre las explotaciones mineras han sido objeto de debates muy importantes.

### 2.5.1. Regalías

El gobierno del presidente Juan Manuel Santos, presentó al Congreso un proyecto de acto legislativo modificador de la Constitución para variar la asignación de recursos producto de la explotación de los recursos naturales entre los municipios, departamentos y la nación, ya que 17 Departamentos y 60 municipios recibían el 95% de esos recursos. La propuesta, aprobada por el Congreso mediante el Acto Legislativo 5 de 2011, crea el Sistema General de Regalías (SGR), que regirá a partir del 2012 y cuyos recursos serán independientes del presupuesto nacional y de las transferencias territoriales. Los ingresos del SGR se distribuirán de la siguiente manera: 10%, para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; 10%, para ahorro pensional territorial, y hasta un 30%, para el Fondo de Ahorro y Estabilización. De los recursos restantes, un 20% se dirigirán a las regalías directas y un 80%, a los fondos de compensación regional y de desarrollo regional. Adicionalmente, se destinará un 2% para fiscalización.

La reforma fue objeto de debates que señalaron que la disminución de los ingresos de los departamentos y municipios petroleros y mineros de sus derechos sobre las regalías generará una crisis fiscal. Dado que el gobierno sustentó la reforma en la necesidad de ampliar la participación en los beneficios económicos para todo el país, se cuestionó que no se aumentaran ni los impuestos ni las regalías a las empresas multinacionales que los explotan, ya que apenas representan el 1% del PIB. El otro mecanismo que lograba la socialización de los beneficios económicos era la ampliación de la participación de municipios y departamentos no mineros en el ya creado Fondo Nacional de Regalías, que fue administrado por el gobierno central de manera arbitraria hasta el momento.

“Con la reforma se quedarán hasta el 30 por ciento de los dineros de la regalía en un fondo en el extranjero, los que si se tuviera una política macroeconómica acorde con el desarrollo nacional, podrían gastarse y crear un círculo virtuoso que desarrolle el agro y la industria. En el futuro, agregó el congresista, las regalías se gastarán en las megaobras que el gobierno nacional decida y no en proyectos de impacto local y departamental, fundamentales para el desarrollo de los entes territoriales productores”<sup>64</sup>. Las normas que reglamentan la reforma constitucional están en trámite en el Congreso y han sido objeto de protestas de los Alcaldes de los municipios mineros.

### 2.5.2. Comunidades indígenas y afrodescendientes

La importancia de la explotación minera en los últimos años también incentivó que se buscara reformar el Código de Minas o Ley 685 de 2001 mediante la Ley 1382 de 2010 con el propósito de:

*“..modernización de la legislación minera, mediante instituciones y procedimientos que permitan: (i) el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente...”*

Frente a estos objetivos de política económica, la Corte señaló que podrían tener implicaciones en las comunidades indígenas y afrodescendientes así:

---

<sup>64</sup> Declaración del senador Jorge Enrique Robledo del PDA. <http://www.moir.org.co/La-de-las-regalias-una-reforma.html>

*La Corte advirtió que si bien estas normas no reforman expresamente las disposiciones del capítulo XIV del Código de Minas referente a los grupos étnicos, ha de tenerse en cuenta que este Código no excluye la actividad minera en las zonas donde habitan tradicionalmente dichas comunidades, antes bien, permite que en estas áreas se adelanten labores de exploración y explotación, sólo que las somete a determinadas condiciones y requisitos. Esto significa que el conjunto de las disposiciones del Código de Minas, entre ellas las que fueron objeto de reforma por la Ley 1382 de 2010, son plenamente aplicables a la actividad minera desarrollada en los territorios indígenas y afrocolombianos. Adicionalmente, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y a la salvaguarda de la integridad de su identidad cultural.*

Por lo anterior, la Corte consideró que era un imperativo adelantar el proceso de consulta previa en los términos del artículo 330 de la Constitución y los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, por lo cual, su omisión declaró la inconstitucionalidad del cuerpo normativo bajo la modalidad de inconstitucionalidad diferida, es decir, que esta declaratoria tendrá efectos después de dos años.

Esta decisión de la Corte generó polémica en su mismo texto a través de varios salvamentos de voto que encontraron inconveniente y contrario al control de constitucionalidad permitir la vida jurídica de disposiciones cuya inconstitucionalidad ha sido reconocida. El gobierno, por su parte, prepara un nuevo proyecto de reforma al Código de Minas, que deberá ser consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes para no incurrir en la misma omisión.

Las decisiones recientes de la Corte Constitucional sobre la consulta previa, han evidenciado la necesidad de contar con una reglamentación adecuada. En los términos del Ministro del Interior “..para reglamentar estos procesos de consulta de forma precisa y sobre proyectos concretos, para que este paso no siga siendo un obstáculo para la ejecución de las inversiones en el sector.”<sup>65</sup>

En su momento, frente a nuevas reglamentaciones tendrá que decidir la Corte entre mantener esta línea de jurisprudencia que protege los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, posterior al fallo sobre el TLC con Estados Unidos, o si en sus futuras decisiones prioriza la internacionalización de las relaciones económicas en la cual, facilitar las inversiones es pieza fundamental para lo cual, como lo expresa el Ministro del Interior, las consultas previas, son consideradas un obstáculo.

<sup>65</sup> <http://www.portafolio.co/economia/aplazan-presentacion-la-reforma-al-codigo-minas>

## 2.6. *Sostenibilidad fiscal: ¿sin derechos?*

El Congreso aprobó el acto legislativo 3 de 2011 que modifica los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Nacional en el sentido de incorporar el concepto de sostenibilidad fiscal como un criterio de actuación del Estado en la dirección de la economía, enunciar el carácter de progresividad de las obligaciones de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, incorporar un mecanismo para que los jueces ajusten sus decisiones a este criterio y sea incorporado también en los planes nacionales de desarrollo y en los presupuestos de rentas y leyes de apropiaciones que anualmente aprueba el órgano legislativo. Es decir, el llamado equilibrio en las finanzas públicas.

El principio no está orientado a la protección y aumento de los recursos del Estado, sino a disciplinar el gasto social <sup>66</sup>. En este sentido, la reforma constitucional que aprobada, exime de responsabilidad al Gobierno por los efectos lesivos del patrimonio público que puedan tener los tratados de libre comercio que suscriba Colombia, o por las sanciones a que haya lugar si es demandado por una empresa inversora en relación con cualquier política pública de protección de los derechos económicos, sociales y culturales que ponga en riesgo o menoscabe sus intereses económicos.

Aún la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo. Habrá que esperar cuál es la ponderación que hace entre los principios del Estado Social de Derecho y el nuevo criterio de sostenibilidad fiscal.

## 2.7 *Vigilancia política*

Una vez ratificado en Estados Unidos, senadores y senadoras de todos los partidos políticos decidieron crear una Comisión accidental que hará seguimiento a la implementación del TLC para garantizar que se respete la igualdad. El Vicepresidente del Senado expresó que “el Congreso tiene responsabilidad y no se puede marginar luego de aprobarlo de los efectos del mismo, “más allá de las discusiones partidistas de ayer, hoy debemos asumir un papel protagónico para acompañar al Gobierno y algunos subsectores productivos a enfrentar como corresponde el reto y la responsabilidad del TLC”. Explicó que a través de la comisión accidental se canalizarán las inquietudes de los empresarios y renglones de la economía nacional para sugerir, acompañar y asesorar al Gobierno en la puesta en marcha de este tratado, y así sus efectos

---

<sup>66</sup> <http://www.lasillavacia.com/movida/conviene-elevar-rango-constitucional-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal-23492>



positivos se reflejarán en una competencia equitativa y justa para todos, para que no haya sólo ganadores (sic)".<sup>67</sup>Hasta el momento de la publicación de este trabajo, no ha empezado a funcionar.

También fue anunciada la creación de una comisión comisión de congresistas de Colombia y Estados Unidos para evaluar el cumplimiento del plan de acción acordado en abril del año pasado entre los presidentes Santos y Obama. El gobierno colombiano ha afirmado que viene cumpliendo las metas acordadas, pero existe desacuerdo en el país desde centrales sindicales y algunos líderes de la oposición. Dado que no hay un vínculo legal entre el Plan de Acción y el TLC, los conceptos de esta comisión no tendrían efecto jurídico relevante en la implementación del TLC.

El seguimiento a la implementación del TLC en sus diferentes componentes requiere del esfuerzo conjunto de organizaciones sociales y especialistas en la variedad de temas que se regulan. Es urgente y necesario diseñar un sistema de monitoreo y de reacción a los desarrollos normativos que concreten la vulneración de los derechos. Ojalá, cuando sea necesario y lo será, el sistema judicial colombiano, y especialmente la Corte Constitucional, no vuelvan a dar la espalda a los derechos ni al pueblo Colombiano.

---

<sup>67</sup> <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/127741-senado-hara-seguimiento-a-la-entrada-del-tlc>

### III. Conclusiones

La Corte Constitucional, en su fallo respecto del TLC con Estados Unidos, renunció a ejercer el control de constitucionalidad integral de su contenido. Para ello, se excusó en el carácter general y abstracto del análisis, en el novedoso principio del *in dubio pro legislatoris*, en la competencia exclusiva del Presidente y el Congreso para legislar sobre política económica y por lo tanto, fortaleció la tendencia jurisprudencial que reconoce una presunción de constitucionalidad a cualquier tratado de comercio internacional que el Gobierno, en desarrollo de su política económica, suscriba con cualquier país.

La Corte Constitucional, contrario a la soberanía judicial de la cual es máxima expresión, se abstuvo de dar consecuencia jurídica a los riesgos que el TLC representa para los derechos fundamentales, que reconoció en la parte motiva del fallo, al declarar la constitucionalidad del acuerdo en su parte resolutive produciendo así un fallo incoherente que en vez de evitar las vulneraciones a los derechos, obliga al pueblo colombiano a sufrirlos para luego sí hacer uso de herramientas administrativas y judiciales de defensa.

La Corte Constitucional omitió pronunciarse a los múltiples argumentos jurídicos presentados por organizaciones sociales que sustentaban la inconstitucionalidad del TLC, y en su lugar, acogió como ciertos los argumentos de la exposición de motivos, sin que justificara o argumentara las razones para ello.

La Corte Constitucional ha instaurado otra presunción de constitucionalidad sobre las políticas económicas del gobierno y del congreso al considerar que si son sustentadas en la búsqueda del bienestar general tienen que ser constitucionales, sin haber estudiado la posible vulneración a los derechos fundamentales. Reforma así, vía jurisprudencia, la competencia que le señala la Constitución Política en el control de constitucionalidad de toda la legislación nacional, sin ninguna excepción.

La Corte Constitucional, declaró la constitucionalidad de disposiciones del TLC que “*de forma manifiesta y grosera*” contravienen la Constitución Política, desconociendo su efecto en el derecho sustantivo colombiano como en el caso de la expropiación indirecta que amplía el concepto de propiedad, y con el argumento de que mientras exista formalmente el sistema judicial colombiano, no hay amenaza alguna para la soberanía, pese a que se reconocen instancias

judiciales privadas y externas sin el agotamiento de las instancias internas.

La Corte Constitucional, también incurrió en contradicción en su fallo pues a pesar de reconocer que en materia de recursos genéticos y biodiversidad hay un interés específico de los pueblos indígenas y afrocolombianos, declaró que no era necesaria la consulta previa por tratarse de una norma de carácter general.

La Corte Constitucional no atendió la recomendación del Comité de la CEDAW en el sentido de reconocer las afectaciones discriminadas que el TLC puede tener para los derechos de las mujeres colombianas y por ende, omitió proteger sus derechos en la declaratoria de constitucionalidad de este tratado.

La sentencia de la Corte Constitucional, según se desprende del salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería, también se abstuvo de considerar los argumentos presentados en relación con las asimetrías de las economías y a los antecedentes del derecho comparado en la aplicación de cláusulas como las relativas a la solución de controversias que le obligaban a identificar de manera clara las vulneraciones a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución Política de manera directa y a través del bloque de constitucionalidad.

Las recomendaciones de la Corte Constitucional sobre el respeto a los derechos fundamentales en la puesta en marcha del TLC no tienen efecto vinculante para las autoridades colombianas. Por lo tanto, la declaratoria de constitucionalidad constituye un obstáculo para la protección de los derechos fundamentales del pueblo colombiano y una abdicación de la obligación de protección que la Constitución asigna a la Corte Constitucional.

La ciudadanía tendrá mayores cargas en la defensa de sus derechos en el proceso de adecuación jurídica, tanto por la complejidad de la nueva legislación como por el precedente jurisprudencial sentado por la Corte; cargas, que la Corte pudo evitar si hubiera protegido los derechos al reconocer las contradicciones evidentes del TLC con la Constitución Política.

Es posible que durante el proceso de adecuación jurídica, el Gobierno y el Congreso amplíen las concesiones realizadas en el proceso de negociación del TLC, sin que haya mecanismos de control ciudadano ni judicial.

El sistema jurídico colombiano, no ofrece garantías ni protección a los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo colombiano en relación con los tratados de comercio internacional. No se pueden usar las acciones populares durante el proceso de negociación porque se dice que en esta etapa las autoridades judiciales no tienen ninguna competencia. Si se alude a la inconstitucionalidad en los debates ante el Congreso, la respuesta es que este tipo de análisis corresponde a la Corte Constitucional en el control automático

de los tratados internacionales. Y finalmente la Corte Constitucional no se pronuncia porque aplica la presunción de constitucionalidad sobre este tipo de tratados en los términos explicados aquí.

La Corte Constitucional tiene la facultad de revisar la constitucionalidad de todas las normas. Si no lo hace, como ocurrió con el TLC con Estados Unidos, se convierte en un mecanismo más de globalización de la injusticia. De no cambiar esta tendencia jurisprudencial, no habrá cuándo las campanas dejen de sonar.

#### IV. Salvamento de Voto a la Sentencia C-750 de 2008 del Magistrado Jaime Araújo Rentería

Referencia: Expediente LAT- 311 Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus ‘cartas adjuntas’ y sus ‘entendimientos’, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006” y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007.

Magistrada Ponente:  
*CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ*

Con el acostumbrado respeto me permito consignar las razones de mi disenso frente a esta sentencia de la Corte en la cual se decide la revisión oficiosa de la Ley 1143 de 2007, aprobatoria del “*Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América*”, sus “*Cartas Adjuntas*” y sus “*Entendimientos*”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2007, declarando la exequibilidad de este Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América –TLC- como de la Ley aprobatoria del mismo, radicado bajo el expediente de la referencia, por cuanto considero que dicho Acuerdo de Promoción Comercial como la Ley aprobatoria del mismo son violatorios de la Constitución Nacional en varios aspectos, como lo paso a exponer a continuación:

##### I. Consideraciones generales

1. En primer término, el suscrito magistrado considera conveniente aclarar que como ciudadano es amigo de los intercambios económicos con todos los pueblos del mundo.

No obstante y en mi calidad de juez de la República, y máxime como juez del Tribunal Constitucional al cual le ha sido asignada la tarea de velar por la guarda y supremacía de la Constitución Política, muy a pesar

de ese deseo de intercambio en todos los aspectos, no puedo examinarlo y valorarlo sino de conformidad con lo que manda la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 9º señala como fundamento de las relaciones exteriores del Estado, la soberanía nacional; en el Preámbulo establece como norte la integración latinoamericana; y en el artículo 2º el deber del Estado de defender la independencia nacional, incluida la económica. Así mismo, este magistrado no puede hacer otra cosa sino mirar este tratado comercial de conformidad con los principios de equidad, igualdad, reciprocidad, conveniencia nacional y soberanía nacional consagrados en los artículos 226, 227 y 150, numeral 16 de la Carta Política.

En este orden de ideas y en consonancia con el espíritu de mutuo reconocimiento y respeto entre los pueblos del mundo, me permito expresar mi admiración por las virtudes del pueblo estadounidense, sus trabajadores que han sido solidarios con los trabajadores colombianos, incluida la solidaridad para que se investiguen los múltiples crímenes contra los sindicalistas de este país cubiertos por la sombra de la impunidad. A juicio de este magistrado, si este tratado se hubiera celebrado por el pueblo estadounidense hubiera sido como la Constitución Nacional de Colombia lo exige: esto es, equitativo, igualitario, conveniente y soberano.

2. En segundo lugar, este magistrado debe expresar que lamenta profundamente que en Colombia la historia se repita una y otra vez, ya que fue un tratado con Estados Unidos el que hace ya cerca de cien años hizo que la Corte Suprema de Justicia de Colombia de ese entonces renunciara a ejercer el control sobre los tratados internacionales cuando la Constitución Política le ordenaba lo contrario. En este caso, es esta Corte Constitucional la que vuelve a declararse incompetente contra lo que dispone la Carta Política, que en el numeral 10 del artículo 241 Superior, establece que la Corte Constitucional puede declarar inconstitucional un tratado que no podrá ser ratificado por el Gobierno. De tal manera, que la Constitución no le prohíbe a esta Corte que declare inconstitucional una norma que viole un artículo o una parte de la Carta Política.

A este respecto, este magistrado debe advertir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta este momento ha declarado inconstitucionales varios tratados internacionales, independientemente de que sean bilaterales o multilaterales y ha ordenado reservas cuando ha sido necesario o declaraciones interpretativas en la parte resolutive en tratados bilaterales como el que celebró Colombia con el Reino Unido,

ordenando que únicamente se pudiera ratificar en los que se ajustara a la Constitución Nacional. Por eso, no es cierto que en la parte resolutive de un tratado bilateral no se pueda hacer cumplir la Constitución, que no se pueda hacer absolutamente nada, como ahora se propone.

3. Finalmente, considero que no obstante que en un orden lógico hay que comenzar con el estudio del tema procesal para luego pasar al estudio material de ambos instrumentos de manera separada, por razones analíticas y de exposición, me permitiré comenzar con el análisis de la parte material del acuerdo de promoción comercial para luego pasar al estudio formal del respectivo acuerdo.

## II. Examen material

### 1. Aspectos materiales generales

1.1 En relación con los aspectos generales de carácter material de este tratado internacional de acuerdo de promoción comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América, debo manifestar en primer término, que el establecimiento de una zona de libre de comercio no se refiere a derechos y obligaciones de individuos sino de los Estados en relación con el comercio de mercancías, en lo que está de por medio la soberanía e independencia nacional.

A este respecto debo observar que en el actual contexto internacional el imperialismo no es tanto de orden político como económico y que las estadísticas en materia económica siempre favorecen a los países desarrollados e industrializados. Es de advertir que Colombia es un país productor de materias primas o bienes primarios que en la dinámica real de las relaciones económicas internacionales no puede competir en igualdad de condiciones, en materia de industria y tecnología, y ello no sólo con los países desarrollados e industrializados, sino máxime cuando se trata como en este caso del país mayormente desarrollado e industrializado del mundo en el actual contexto mundial.

Sobre este tema, es de indicar igualmente que EE.UU. también produce una gran cantidad de alimentos, que es uno de los renglones más favorecidos en el presente acuerdo, pero que a pesar de que nuestro país produce primariamente materia prima en forma de alimentos, la desigualdad que plantea el presente acuerdo se concreta en los subsidios que el Estado norteamericano reconoce a los agricultores de ese país que produce alimentos para su autoabastecimiento y para exportar, materia en la que no se aprecia que pueda haber equidad y reciprocidad en relación con nuestro país.

Sobre este tema, considero necesario manifestar claramente que la defensa nacional no es sólo de carácter militar sino también de carácter económico,

respecto de los intereses económicos de Colombia y de los colombianos, máxime cuando nos encontramos en una coyuntura en la cual se están presentando problemas en el orden económico mundial. La economía mundial se encuentra al borde de otra crisis mucho más grave que todas las anteriores, incluida la de 1929, donde las bolsas de valores se derrumbaron, las deudas agobiaron a los más pobres y el dinero escaseaba. Así, considero que la depresión y recesión se mantendrán por varios años y como siempre los países más pobres serán los más perjudicados. Muy especialmente, considero nocivo para el país la firma de este Tratado, cuando se están presentando problemas en relación con la producción y el acceso a los alimentos sobretodo en los países del llamado “tercer mundo”, problema que está dando lugar a una de las mayores crisis humanitarias de la historia.

Por todo lo anterior, en mi concepto la Corte no puede renunciar a controlar este Tratado frente a TODAS las normas superiores y el bloque de constitucionalidad.

1.2 De otra parte, el suscrito magistrado considera inconveniente realizar en este estudio de constitucionalidad afirmaciones globales. Por esta razón, en mi criterio no se puede dar una respuesta global sin entrar a demostrar de manera específica que las disposiciones del tratado respetan los principios de soberanía nacional, igualdad, equidad y reciprocidad consagrados en la Constitución Nacional.

En este sentido, considero que desde un punto de vista metodológico había que cuantificar de manera concreta los beneficios y perjuicios que se derivarán del Acuerdo de Promoción Comercial y no mirar sólo generalidades, pues sólo así se puede llegar a realizar un balance que permita determinar si real y efectivamente existe equidad y reciprocidad entre los estados pactantes.

Acerca de la necesidad de cuantificar y medir exactamente el balance costo-beneficios que traerá este Acuerdo para Colombia, me permito remitirme a lo expresado ya por el profesor Paul A. Samuelson, quien en su obra “Economía” y al referirse al tema de la naturaleza e importancia de la medición de la actividad económica, cita a su vez a Lord Kelvin quien afirmaba: *“Cuando podemos medir lo que estamos diciendo y expresarlo en números, sabemos algo de ello. Cuando no podemos medirlo ni expresarlo en números, nuestro conocimiento es escaso e insatisfactorio. Quizá sea el comienzo del saber pero en nuestros pensamientos habremos avanzado escasamente en el estado científico”*.<sup>68</sup> De conformidad con esta premisa, reitero que es completamente necesario realizar no sólo un análisis global y genérico de este Acuerdo, sino entrar a estudiar

---

<sup>68</sup> Paul A. Samuelson, Economía, Capítulo 21, MacGrawHill, 2007.



en concreto y en números si en verdad este Tratado es equitativo y recíproco para los países suscriptores del mismo.

Así mismo, considero necesario mencionar que un senador norteamericano y reciente excandidato presidencial, el senador John McCain, ha justificado su acuerdo con este Tratado, en razón a que con este Acuerdo Estados Unidos dejará de pagar unos 1.000 millones de dólares mensuales en aranceles, cifra que irá en aumento y que podrá llegar a 12.000 millones de dólares en el año, esto calculado sobre la base de las exportaciones de E.U hacia Colombia en el año 2008. En otras palabras, esto significa que con este Acuerdo de promoción comercial Colombia terminará perdiendo exenciones o preferencias arancelarias.

Por esta razón, a juicio de este magistrado, el estudio de constitucionalidad de este tratado, por tratarse de un tema económico, ha debido ser cuantificado y estudiado juiciosamente en cifras, lo cual, a pesar de que este magistrado lo pidió en diversas oportunidades no se le dio razón de ninguna cifra ni estudio económico al respecto. Reitero por tanto, que si se hubiera demostrado que cuantitativamente este Acuerdo era conveniente, equitativo e igualitario para Colombia, la presente decisión hubiera tenido mi voto a favor, por lo menos en lo que respecta a los aspectos de fondo. Sin embargo, la respuesta que siempre obtuvo este magistrado fue que aunque este acuerdo podía ser inconstitucional en algunas partes, no lo era en el todo.

Así las cosas y al no haber sido realizado un tal estudio o balance por parte de esta Corte, la presente decisión no contó con mi voto a favor, ya que si por el contrario se hubiera comprobado y demostrado con un balance objetivo que este tratado favorece a Colombia respetando los principios de equidad, igualdad y reciprocidad, el suscrito magistrado hubiera dado sin lugar a dudas su voto en favor de la constitucionalidad desde el punto de vista de su contenido, pero como no ocurrió así lo he dado en contra, pues estoy convencido de que este tratado es inconstitucional.

1.3 En consonancia con lo hasta aquí expuesto, a juicio del suscrito magistrado este tratado viola más de 100 artículos de la Constitución Nacional, entre otros, los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución Nacional. Así mismo, considero que este tratado es violatorio de parte del artículo 150 Superior y de los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365 de la Constitución Política.

Así pues, en criterio del suscrito magistrado, con la aprobación de este Tratado se acabó por ejemplo con la seguridad alimentaria de Colombia, se vulneró los derechos a la salud y a un ambiente sano, los derechos de nuestros pueblos indígenas, los derechos de las mujeres, la dirección de la economía bancaria del Estado, entre otros, como me permitirá exponer en los capítulos

siguientes del presente salvamento correspondientes a los acápite específicos del Acuerdo de Promoción Comercial bajo estudio.

Para complementar este panorama de vulneración de la Constitución Nacional, considero necesario mencionar, que finalmente y luego de varios días de debate acerca de esta sentencia en Sala Plena, desapareció de la parte resolutive hasta el exhorto que se hacía al Congreso, que como bien lo expresara uno de los magistrados, ahora esta Corte no podrá ni siquiera “*lavare la facia*”. Ahora bien, flaco servicio le prestan al país quienes en vez de declarar la inconstitucionalidad, mencionan la violación de la Constitución en la parte motiva y considerativa de la sentencia. En todo caso, lo que queda en la parte motiva de esta decisión puede ser entendido como una *obiter dicta*, o el problema de interpretación que llegare a plantearse ya se encuentra resuelto de conformidad con lo dispuesto por el propio Decreto 2067 de 1991, que en su artículo 14 preceptúa que en caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de una sentencia, prima la parte resolutive al darse aplicación a lo dispuesto en la parte resolutive, de modo que no será aplicable ninguna interpretación contentiva en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que pueda entenderse en el sentido que este tratado es violatorio de la Constitución Nacional o los derechos de los colombianos, por cuanto en la parte resolutive ya fue declarado exequible.

## 2. Aspectos materiales institucionales

A continuación me permito presentar las objeciones de orden constitucional que a mi juicio presentan los aspectos materiales institucionales contenidos en el presente Tratado.

### 2.1 Capítulo Primero. Disposiciones iniciales y definiciones generales

El capítulo primero del Acuerdo Promoción Comercial se divide en dos secciones. De una parte, la sección A establece la Zona de Libre Comercio y la relación del mismo con otros Acuerdos internacionales. En este aparte se trata de determinar si el establecimiento de una zona de libre comercio entre los Estados Partes se ajusta a la Constitución Nacional, y si ello respeta la soberanía nacional. Así mismo en esta parte del acuerdo se realizan definiciones relativas al nivel central de gobierno (nacional/federal) y al nivel local (departamento/estado federado), definiciones que se aplican sólo a efectos del Tratado, y se afirma que para efectos el Acuerdo en Colombia sólo se aplica a nivel nacional.

A este respecto, el suscrito magistrado evidencia que el Tratado en esta parte y respecto de la noción de territorio y la determinación de la zona de

libre comercio dispone una cosa distinta a lo que establece la Constitución Nacional. Así es de advertir que en esta materia debe aplicarse lo que disponga la Constitución Nacional y la legislación interna, y de conformidad con lo que consta en el anexo 1.3 del Tratado, la zona de libre comercio se extiende más allá del territorio continental e insular y de sus aguas interiores, lo que genera dificultades de orden constitucional y de carácter internacional.

Sobre este tema, discrepo de la posición sostenida en relación con que el concepto de territorio contenido en el Tratado bajo estudio lo es sólo para efectos comerciales, sin que ello implique que se establezcan unos límites territoriales ni que se renuncie a algunos de los elementos que conforman el territorio nacional, pues según se dice se trataría sólo de establecer un programa de liberación de aranceles.

Para el suscrito magistrado por el contrario, el problema de la definición del territorio y de contera el establecimiento de la zona de libre comercio no resulta tan sencillo, por cuanto no se trata sólo de asuntos meramente comerciales, sino que se encuentra en juego también la soberanía nacional.

Sobre este tema, coincido con la opinión expuesta por el Procurador General de la Nación, quien en su concepto observa que en la definición del territorio y el establecimiento de la zona de libre comercio se eliminaron algunos elementos que conforman el concepto de territorio, de manera que para el caso de Colombia quedan dentro de la zona de libre comercio y en el caso de los EE.UU. no, lo cual implica a mi juicio una asimetría en el tratamiento de este punto, que conlleva necesariamente una falta de equidad y reciprocidad.

Así mismo, debo recordar que en el Tratado de las Telecomunicaciones (Sentencia C-278/04) ya se hizo una salvaguarda en relación con el tratamiento de tema territorial en tratados internacionales, mediante una declaración interpretativa, en la que se reafirma que el segmento de la órbita geostacionaria que le corresponde a Colombia forma parte del territorio colombiano según lo establecido en los artículos 101 y 102 de la Constitución Nacional, y se entiende que ninguna norma del Tratado objeto de estudio por esta Corte en dicha ocasión, es contraria a los derechos reclamados por los Estados ecuatoriales al respecto, ni podrá ser interpretada en contra de tales derechos. Así las cosas y de conformidad con el mencionado precedente de la jurisprudencia de esta Corte, el suscrito magistrado no entiende el por qué en el presente caso no se hace una declaración interpretativa semejante. En la anterior oportunidad se defendieron los derechos de Colombia frente a un organismo internacional y ahora no se hace lo mismo frente a EE.UU., lo cual resulta sumamente paradójico si se tiene en cuenta que se trata del país más poderoso del mundo frente al cual esta Corte debería sentar iguales o mayormente garantistas premisas interpretativas de orden constitucional con

el fin de garantizar los derechos de Colombia consagrados constitucionalmente frente al coloso del norte.

Finalmente, me permito insistir de nuevo en que sin cuantificar lo que implica este Acuerdo de libre comercio para cada Estado Parte en términos económicos no se puede afirmar que algo es bueno para el país. Así mismo, reitero que el suscrito magistrado es amigo de este tipo de acuerdos de intercambio comercial, pero siempre en condiciones de igualdad, equidad y reciprocidad, respetando la soberanía nacional y la autodeterminación de los pueblos, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 9º, 150-16, 226 y 227 de nuestra Constitución Nacional.

## *2.2 Capítulo 21. Solución de controversias*

*2.2.1* Los artículos de este capítulo del Tratado se encuentran encaminados a regular los sistemas de solución de controversias entre los Estados Partes y otras controversias del comercio privado, a través de mecanismos tales como la cooperación, la elección del foro, las consultas, entre otros. Especial relevancia tiene el mecanismo de arbitraje como mecanismo de solución de controversias sobre inversión, servicios financieros, política de competencia, monopolios designados y empresas del Estado, telecomunicaciones, entre otros ámbitos. También se regula en esta parte del Acuerdo la figura de la anulación o menoscabo que tiene que ver de manera directa con los derechos laborales, del medio ambiente y el derecho a la salud pública. Igualmente, se regula la figura del incumplimiento-suspensión de beneficios que constituye una medida coercitiva derivada del incumplimiento de las obligaciones impuestas.

En relación con este neurálgico tema relativo a los mecanismos de solución de controversias y los procedimientos previstos para ello por el Tratado bajo estudio, el suscrito magistrado considera que este acápite es inconstitucional en su totalidad y especialmente respecto a la cláusula del tribunal de arbitramento, por cuanto el Estado colombiano está renunciando a todas luces a administrar justicia en temas que tocan directamente con derechos fundamentales, los cuales ya no van a poder ser resueltos por los jueces de la República sino a través de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente por la vía del tribunal de arbitramento. Por esta vía, considero que se está violando el artículo 9º de la Constitución Política, razón por la cual considero que la cláusula de arbitramento pactada es inconstitucional, ya que vulnera la soberanía nacional que se expresa de manera muy especial mediante la potestad y competencia de los jueces de la República investidos por el pueblo soberano y la Constitución Nacional para administrar justicia en nombre y por mandato de éstos respectivamente.

A este respecto, me permito mencionar un tema que tiene que ver con éste de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, especialmente con el de la cláusula de arbitramento, relativo a que hoy en día la mayoría de las controversias que se plantean lo hacen en torno de la propiedad intelectual e industrial relacionada con la tecnología de punta, lo cual adquiere una importancia enorme en el ámbito de la salud y los procedimientos o medicamentos. Así considero que las patentes no son más que un privilegio para grupos económicos poderosos de naciones poderosas, por lo que no se puede hablar en este caso de igualdad entre las Partes. A mi juicio, lo atinente a los medicamentos debería ser patrimonio de la humanidad y considero necesario señalar que en el campo internacional no hay una definición o posición única sobre esta materia.

De otra parte, para el suscrito magistrado las reglas de procedimiento que se regulan en este Acuerdo para la solución de controversias entre los Estados Partes, no garantizan el debido proceso, la defensa, la contradicción, la publicidad y la imparcialidad, en el marco de igualdad de condiciones entre aquellos.

Igualmente, considero que la figura de la anulación o menoscabo debe condicionarse a la garantía de los derechos laborales, del medio ambiente y la protección de la salud pública.

Por estas razones discrepo de la posición sostenida en esta sentencia según la cual los mecanismos previstos por este Acuerdo de Promoción Comercial, especialmente en lo tocante al arbitramento, se encuentran en armonía con la Carta Política de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, por cuanto como lo expuse considero que estas disposiciones no sólo no se avienen a lo dispuesto por el artículo 116 Superior sino que contravienen abiertamente ésa y otras disposiciones superiores como el artículo 9º de la Constitución Política.

2.2.2 En este orden de ideas, me permito insistir en que un punto que considero nodal en este Acuerdo lo constituye la vulneración de la soberanía nacional, la cual se expresa a través de la soberanía judicial, por cuanto se consagraron como regla general mecanismos excepcionales y alternativos de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje, contrariando la regla general de administración de justicia por parte de los jueces de la República.

Así las cosas, en el TLC se incluye la aplicación del derecho consuetudinario del arbitraje, que no es otro que el de los empresarios, sin agotar primeramente el procedimiento jurisdiccional interno. A este respecto es de anotar que estos tribunales de arbitramento actúan siempre a favor de los empresarios, de modo que el Estado colombiano renunció a su soberanía judicial, pues el arbitramento no puede ser permanente, toda vez que como

de su propia naturaleza se desprende se trata de un mecanismo excepcional. En relación con este, el magistrado se permite afirmar de una manera clara y contundente que se pueden poner todas los condicionamientos que se quiera, pero que finalmente éstos se van a burlar e inclusive se va a acabar las decisiones judiciales de cualquier tribunal, razón por la cual coincido con la opinión de algunos especialistas que consideran que el arbitraje es uno de los mayores exabruptos jurídicos ha que se haya dado lugar, constituyéndose en un engendro que puede acabar con cualquier gobierno.

A este respecto, el suscrito magistrado se permite señalar que no se puede hacer similitud absoluta de la manera como funcionan los particulares y el Estado, de modo que cuando se presenten conflictos entre los individuos y un Estado, no se pueden aplicar los mismos principios y criterios que para solucionar las controversias entre particulares. Si bien este magistrado acepta la validez del argumento según el cual en este caso los tribunales son convenidos por las Partes en calidad de árbitros temporales y sólo para un caso particular, considera que si ello se presenta de manera permanente, se terminará sustituyendo a los jueces de la República.

Así mismo, considero que es muy poco probable que en la resolución de las controversias entre las Partes resueltas por los tribunales de arbitramento se tengan en cuenta los derechos fundamentales, pues estas controversias sólo atienden a intereses económicos. A este respecto, es de resaltar que en el sistema jurídico colombiano aunque se permite el arbitramento, en concordancia con el artículo 116 Superior, hay una intervención última de los jueces para que determinen si el laudo está ajustado a derecho. Así mismo, debo observar que no se puede realizar una extrapolación de un arbitramento que sólo surgió para asuntos comerciales y al que poco le interesan los derechos de los colombianos, lo que no es equitativo.

De otra parte, debo señalar que el TLC sólo es uno más de los acuerdos comerciales que EE.UU. se ha dedicado a suscribir con los más diversos países del mundo, y que en esta sentencia sólo se menciona la experiencia en esta materia de Costa Rica, pero no lo que ha hecho el coloso del norte a otros países subdesarrollados que han suscrito tratados de libre comercio con él.

Debo reiterar igualmente que durante los debate en esta Corte sobre este Acuerdo únicamente se han dado opiniones, sin cuantificar de manera objetiva, seria y juiciosa los efectos reales de este acuerdo comercial para Colombia.

De otra parte, debo señalar que organizaciones serias como la “PublicCitizen” ha hecho un recuento de los casos de arbitramento y en éste se pone de presente que los tribunales de arbitramento pueden terminar discutiendo sentencias judiciales nacionales. Así, es oportuno citar un caso de una empresa canadiense condenada, que con base en esa cláusula adujo que ese fallo le había

afectado en sus expectativas. Así las cosas, considero que lo que se estipula en el TLC es la aplicación del derecho consuetudinario de los negocios, que no va a respetar ningún fallo de los jueces y tribunales colombianos.

Lo anteriormente planteado tiene que ver con temas cruciales como el medio ambiente, como se puede apreciar en un caso en el que Canadá adoptó una medida ambiental contra un producto dañino con fundamento en el Convenio de Basilea y fue condenada a pagar una indemnización a la empresa afectada.

Así mismo, este magistrado advierte que en el Acuerdo no se dice que un tal tratamiento sólo se da a las inversiones, aunque a la larga todo el Tratado es de inversión, sino que se entiende respecto de cualquier medida que afecte a una de las partes. Así, en el Capítulo 21, donde se establece el ámbito de aplicación del Tratado (art. 21.2.c), se incluyen todas las materias reguladas en él. El punto aquí es entonces que en dicha definición se elude el problema de la jurisdicción nacional, con el fin de defender los intereses de los empresarios estadounidenses y respecto de éstos ya se sabe de lo que son capaces, incluida la posibilidad de que de no percibir una ganancia esperada se reclame una indemnización por fallos adversos, caso en el cual son los contribuyentes quienes terminan pagando esas millonarias indemnizaciones, no quienes negociaron los tratados cuyos intereses son intocables, por cuanto en los modelos capitalistas y sistemas de hegemonía de clases dominantes, el modelo responde siempre a una lógica según la cual se privatizan las ganancias y sólo se socializan las pérdidas. Además, en las crisis cíclicas del sistema capitalista, las pasadas y las que se avecinan, siempre se apoya y se apoyará a los dueños del capital y no a los trabajadores y mucho menos a los desempleados y pobres. Por tanto, considero que en estas circunstancias las disposiciones de este Tratado no sólo van a afectar a la Nación sino también a las entidades territoriales.

En relación con los tribunales de arbitramento, el suscrito magistrado debe señalar que estos tribunales funcionan con confidencialidad absoluta a diferencia de cómo funcionan los jueces y no se puede investigar el proceso, lo cual atenta contra la soberanía colombiana. Así también, considero que no se puede olvidar qué es y cuáles intereses son los que se encuentran detrás de estas cláusulas que buscan eludir los jueces colombianos que no les den la razón. Igualmente, debo observar que esta figura jurídica surgió para casos privados que se trasladan de este campo al estatal, y que adicionalmente sirven para anular fallos de la jurisdicción nacional, y todo ello sin que sus decisiones tengan ningún control, lo cual no es de ningún modo equitativo. Por esta razón es que reitero que países como Australia no aceptaron tales cláusulas de arbitramento, en su Tratado con USA.

Al respecto, el suscrito magistrado debe señalar también que los inversionistas siempre tienen argumentos para defender sus intereses y por eso han logrado lo que han logrado. Finalmente, este magistrado debe observar que el Estado colombiano terminará respondiendo por una actividad legítima cual es la actividad jurisdiccional y la correspondiente decisión judicial y se entiende cómo por ejemplo, por un fallo de tutela pueda terminar respondiendo el Estado colombiano. A juicio de este magistrado en esto no puede consistir la confianza legítima, ni puede entenderse como tal en ningún caso, sino que constituye una flagrante violación de la soberanía nacional jurisdiccional.

Así las cosas, me permito manifestar que en el debate de este Acuerdo en esta Corte sólo se adujeron generalidades y especulaciones, mientras que el suscrito magistrado sí se permitió mencionar casos concretos, cifras, estadísticas y objeciones constitucionales específicas que no fueron desvirtuadas.

Por todo lo anterior, considero que Colombia no ha debido aceptar la cláusula de arbitramento en el presente Acuerdo de Promoción Comercial bajo estudio. Así quien actúa por fuera de la ley responde, pero no cuando se actúa de manera legítima, y no por actos legítimos como la administración de justicia por parte de los jueces de la República. A mi juicio, ninguno de los argumentos que dieron en esta sentencia refuta este tema difícil que plantea una clara vulneración de la Constitución Nacional.

### *2.3 Capítulo 22. Excepciones generales*

Este capítulo contiene las *excepciones generales* referentes a las materias que quedarán excluidas de la aplicación del Acuerdo. Así por ejemplo, en esta parte del Acuerdo se establece que para efectos de los Capítulos 2 al 7, se incorpora al Acuerdo el artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, referentes a la materia ambiental indispensable para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal y a la conservación de los recursos naturales vivos o no renovables, de modo que estas materias quedarán excluidas de la aplicación de este Acuerdo. Así también otros temas contenidos en la parte de las excepciones generales son los relativos a la seguridad esencial, tributación y divulgación de información.

En concepto de este magistrado tanto el Acuerdo como el Protocolo ofrecen dificultades en este tema relativo a las excepciones a aplicar respecto del propio Tratado. Así mismo, el suscrito magistrado evidencia con preocupación que los magistrados ponentes tanto del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América y su ley aprobatoria, como del Protocolo Modificatorio del Acuerdo y su ley aprobatoria, entienden una cosa distinta respecto de esta misma materia, y que no es claro qué es lo que



cambia en el Protocolo Modificatorio del Acuerdo, pues se parte del supuesto de que estos asuntos relativos a las excepciones son de conocimiento de los tribunales de arbitramento.

#### *2.4 Capítulo 23. Disposiciones finales*

Las disposiciones contenidas en los seis artículos de este capítulo atinentes a la incorporación al Acuerdo de los anexos, apéndices y notas al pie de página; la posibilidad de que los Estados acuerden enmiendas al Tratado, incluidas las que se deriven de enmiendas al Acuerdo de la OMC; la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo, sesenta (60) días después del intercambio de notificaciones del cumplimiento de los requisitos legales en la fecha que acuerden los Estados Partes; la forma en que se puede dar término por cualquiera de las partes al presente Acuerdo; la posibilidad de que otros países latinoamericanos puedan adherirse al Tratado y las condiciones para ello y finalmente, el reconocimiento de que ambos textos del Acuerdo en castellano e inglés son igualmente auténticos, presenta el problema, a juicio de este magistrado, de que no se sabe a ciencia cierta y con exactitud cuáles son los documentos que conforman el TLC, esto es, las estipulaciones que vinculan de manera obligatoria a Colombia, y si los documentos contentivos de interpretaciones de cláusulas del Acuerdo forman parte del Tratado, o si sólo sirven para su interpretación.

Para este magistrado, lo grave es que por esa vía se puede terminar modificando el Tratado. Por ello, a mi juicio la Corte debió señalar de manera expresa que cualquier modificación que se introduzca al Acuerdo debe hacerse con todos los requisitos establecidos para la adopción de un instrumento internacional, incluido el control de constitucionalidad, que fue la misma precaución que se adoptó frente al Acuerdo de la OMC.

### **3. Aspectos comerciales del Acuerdo de Promoción Comercial entre EE.UU-Colombia**

#### *3.1 Capítulo Dos. Trato nacional y acceso de mercancías al mercado*

Los aspectos comerciales se encuentran contenidos a partir del Capítulo 2 del Acuerdo bajo estudio. El capítulo dos tiene ocho secciones y hay una sección que sólo se aplica a EE.UU. donde existe el nivel regional compuesto por los Estados federados.

En este capítulo se regulan aspectos tales como la cláusula del *trato nacional* contenida en la sección A, que de acuerdo con su fundamentación busca

eliminar el trato discriminatorio que pudiera presentarse entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, el suscrito magistrado evidencia que en el Tratado y en lo que respecta a las mercancías o servicios, no se otorga un trato igualitario a algunas mercancías o servicios al dado a los productos nacionales, por cuanto dicho trato igualitario no se aplica por ejemplo entre otros, al café, bebidas alcohólicas, importación de vehículos automotores y acciones del órgano de la OMC. Así mismo, en EE.UU. no se aplica esta cláusula entre otros renglones, a la marina mercante y pasajeros de cruceros, por disposición obligatoria del GATT al que se adhirió EE.UU.

Por su parte, la sección B regula lo referente a los productos que tienen la *eliminación arancelaria*, esto es, mercancías originarias de conformidad con la categoría que tenga en la lista de desgravación contenida en el Anexo 2.3.

En cuanto se refiere a las *medidas no arancelarias*, en el Acuerdo se regulan las atinentes a no mantener restricciones a la importación y exportación de cualquier mercancía, salvo lo estipulado en el GATT; las licencias de importación con la misma salvedad y las cargas y formalidades administrativas, sin costos adicionales al de los servicios prestados que no representen una protección indirecta a las mercancías nacionales.

Así mismo, en el Acuerdo se prevén *otras medidas* referentes a la protección de productos distintivos allí especificados y el establecimiento de un “Comité de Comercio de Mercancías”, como una instancia encargada de promover el comercio de mercancías, borrar los obstáculos, asesorar y hacer recomendaciones al “Comité para el Fortalecimiento de Capacidades Relacionadas con el Comercio”, revisar la conversión de la nomenclatura del Sistema Armonizado 2007 y resolver diferencias relacionadas con esta clasificación.

Por otra parte, en el Acuerdo se encuentra una sección sobre el *sector agrícola* dedicada a las medidas que se mantienen por una de las Partes en relación con el comercio en ese sector. De conformidad con éstas, cada Estado se compromete a la administración e implementación de contingentes arancelarios para las mercancías agrícolas, de acuerdo con el artículo 13 del GATT y a disponer de procedimientos transparentes y disponibles al público, respecto del sistema de protección comercial impuesto sobre cantidades específicas y con impuestos mínimos. Entre las medidas de protección del sector agrícola, se prevén entre otras, plazos amplios de desgravación, contingentes arancelarios, subsidios agrícolas y medidas de salvaguardia. En particular, por ser un aspecto problemático, se propende por la eliminación de los subsidios a la exportación de productos agrícolas y evitar su reintroducción. Tales subsidios no se pueden imponer unilateralmente, además de que los mismos distorsionan los mercados. Se estipulan plazos de gracia para enfrentar condiciones de competencia desfavorables.

Por último, el Acuerdo prevé medidas de *salvaguardia agrícola*. Estas consisten en aplicar impuestos de importación adicional sobre una mercancía agrícola originaria en unas condiciones determinadas que se establecen. A esta cláusula se integra los Anexos 2-18 y 2-19. Un caso para ejemplificar estas medidas consiste en que en los EE.UU., la producción y comercio de azúcar no se maneja con subsidios internos sino con precios internos altos. A su vez, Colombia triplicó la cuota de azúcar. Por ello, EE.UU. se puede proteger frente a una baja de los precios del azúcar y puede restringir la entrada de este producto pero compensando a Colombia en los términos previstos, esto es, equivalentes a las rentas que hubiere obtenido dentro de los 30 días siguientes a que se ejerza esa opción. Para tal efecto, el Comité de Comercio Agrícola es la instancia de consulta sobre asuntos relacionados con esta sección. Algunos de los anexos tienen cartas adjuntas, donde los Estados reconocen algunos compromisos, como el del acatamiento al Acuerdo de Tecnología de la Información.

Ahora bien, para el suscrito magistrado las medidas anteriormente mencionadas no constituyen realmente ventajas sino tan solo “ventajas aparentes” sustentadas con verdades a medias, ya que las estadísticas en estas materias demuestran lo contrario. Así y para mencionar el caso de las medidas de salvaguardia agrícola, en el esquema del TLC se prevén productos que se desgravan en un primer momento y otros parcialmente, de modo que la desgravación se efectúa de manera gradual. En el entretanto, la indemnización que se estipula como compensación para la contraparte cuando se tome una medida de protección agrícola consistente en impuestos adicionales para un determinado producto, no compensa la circunstancia de que los productos agrícolas en Estados Unidos están subsidiados en su producción (con un subsidio equivalente aproximadamente a \$US 180 mil millones), práctica que no es posible en Colombia, en donde existe producción en minifundios que no le permite competir en términos de igualdad sino desde una posición desventajosa. En realidad, ni en el TLC ni en el Tratado de la OMC hay desmonte de dichos subsidios a los productos agrícolas, pues sólo se dice que se estudiarán en un futuro.

De otra parte, si se tiene en cuenta el contingente que se enviará libre de aranceles de Estados Unidos a Colombia, se observa que la producción nacional de cereales se afectará en gran manera pues los cereales importados quedan desgravados desde el primer momento y en productos como el maíz blanco, no obstante que tendrá un contingente de acceso y de arancel del 20% éste sólo se aplicará hasta que se llegue a la etapa plena de libre comercio, lo que clausurará la producción nacional. En el caso del arroz, se afectará

de manera grave la producción nacional anual de 2.236 mil toneladas, con un crecimiento del 35% anual, razón por la cual el gerente de la Federación de Arroceros se retiró de la mesa de al lado en la que participaba durante la negociación del TLC, sin que se vea por cual producto se puede sustituir.

Así las cosas, para este magistrado es claro que desde el gobierno de Cesar Gaviria la producción agrícola nacional ha venido reduciéndose y con este Tratado se acabará la producción nacional de sorgo, maíz, papa, frijol, soya, mientras que se promueve el cultivo de productos destinados a la fabricación de biocombustibles con los cuales tampoco se puede competir.

En este orden de ideas, en teoría este Acuerdo promueve la exportación, y aparentemente la exportación de productos agrícolas puede ser buena, pero en la praxis real se puede cerrar el comercio externo de un producto o modificarlos, por ejemplo, por razones de “seguridad nacional”, medidas que en la práctica terminarán perjudicando a la parte débil de la relación, que en este caso es Colombia. Adicionalmente en el Acuerdo se encuentran contempladas la posibilidad de adoptar medidas fitosanitarias, las cuales se pueden imponer unilateralmente, lo cual puede ser una barrera beneficiosa para Estados Unidos que en cambio no se puede aplicar por Colombia. De otra parte, es de indicar que lo que se aumenta en materia de exportación de flores ya se tiene, con el agravante de que muchos de los productos que se benefician no son alimentos y de que en ciertos terrenos no se puede producir de todo.

El suscrito magistrado se permite insistir en el llamado de atención sobre el problema que representa que EE.UU. siga subsidiando la producción agrícola al margen del OMC, en donde no ha intervenido. Adicionalmente, debo observar que estos aspectos se excluyen de la posibilidad de ser controvertidos, con el agravante de que los tribunales de arbitramento que son temporales, se vuelven permanentes. Así mismo, debo observar que las medidas de salvaguardia no operarán sobre las mercancías que se desgravan de inmediato y se aplicarán por una sola vez mientras se desgrava todo.

Para este magistrado, con este Tratado EE.UU. no renuncia a nada y por el contrario sale fortalecido, mientras que ocurre lo contrario con Colombia. Así mismo, debo reiterar que un elemento esencial de la equidad consiste en que ninguno de los Estados Partes otorgue subsidios y que como quedó ya anotado al existir éstos en los Estados Unidos ya existe un grave desequilibrio desde el punto de partida de este Tratado. De otra parte, la FAO ya ha dado la alerta sobre la escasez de alimentos, cuya producción en Colombia se acabará. Es de advertir que en un sistema de arancel cero ya no hay ninguna salvaguardia, la cual sólo se aplica en el proceso de transición. Por último, la seguridad alimentaria en el país es un tema de seguridad esencial.

Por tanto, para el suscrito magistrado, la consecuencia más grave de este Acuerdo es que de ser un país productor de alimentos el TLC nos llevará a convertirnos en un país importador de los mismos. Por esta razón insisto nuevamente en que esta Corte debió cuantificar lo que representa el TLC para Colombia, mirar lo que se informa al Congreso de EE.UU. en donde sí se hicieron reservas y al final hacer un balance para apreciar objetivamente si el país estaría mejor o peor, examen que no se hizo y se decidió desconociendo las cifras sobre los efectos reales de este Acuerdo para Colombia.

En consideración de lo expuesto, considero que un análisis realista y objetivo en estas materias no corresponde con el que se ha presentado en las consideraciones de esta decisión, pues en realidad no hay lugar a reciprocidad entre los Estados Partes, y lo más grave, se acaba con la seguridad alimentaria. La visión de este magistrado es la de la Constitución Nacional que consagra la igualdad, la equidad, reciprocidad y la soberanía nacional como parámetros a juzgar la constitucionalidad de un tratado internacional, criterios y parámetros constitucionales que en este Tratado se desconocen y vulneran. Por lo tanto, a mi juicio en estas materias el Tratado viola los artículos 2, 65, 333 y 334 de la Constitución Política.

### *3.2 Capítulo Tres. Textiles y vestido*

En este capítulo se regulan materias relativas a medidas de salvaguardia, cooperación aduanera, reglas de origen y asuntos conexos y funcionamiento del Comité sobre asuntos comerciales de textiles. A este capítulo se refieren los Anexos 3A y 3B que contienen las reglas interpretativas y especificaciones técnicas y empta con el Capítulo 4 que trata sobre las fórmulas para determinar el origen.

Sobre este tema, considero que no se han definido reglas de juego claras en el comercio de bienes industriales y no se han establecido condiciones adecuadas de transición para el ingreso de productos industriales de EE.UU. a Colombia, de conformidad con las exigencias de la Ley 1143 de 2007.

En relación con el tema de las salvaguardias en este ámbito comercial, el suscrito magistrado se permite llamar la atención sobre la salvaguardia 3.1.6. así como advertir que ninguna de las Partes puede aplicar una salvaguardia más de una vez, lo cual significa que terminado el período de transición culminan todas las salvaguardias y no se puede aplicar ninguna, lo cual terminará afectando la protección de la producción nacional en materia textil.

### *3.3 Capítulo Cuatro. Reglas y procedimientos de origen*

El capítulo cuarto sobre las reglas y procedimientos de origen se encuentra íntimamente relacionado con el anterior capítulo. Esta capítulo se

encuentra compuesto por dos secciones: la **Sección A**, referente a las reglas de origen relativas a tres grandes tipos de bienes originarios: (i) los bienes obtenidos o producidos en su totalidad en la región, como son las flores y los bouquet de flores cosechadas en el territorio de los países firmantes; (ii) los elaborados totalmente con materias primas de los países signatarios y (iii) aquellos que son elaborados incorporando materias primas de terceros países.

De otra parte, la **Sección B** establece los métodos para la determinación del origen para efecto del trato preferencial, de la cual hacen parte los Anexos 4.1 y 4.6 concernientes a reglas de origen específicas y el Apéndice 4.1-A, contenido de la tabla de correlación para el calzado.

En relación con estas secciones del capítulo cuarto relativas a la certificación sobre el origen de los bienes, productos y mercancías, en concepto del suscrito magistrado, existe un desequilibrio en las reglas para determinar el origen de los bienes, productos y mercancías. Así se advierte que existen países con mayores capacidades industriales de modo que el proceso de transformación de la materia prima es tal que se puede considerar originario, resultando burlado el origen respecto de la materia prima por cuanto lo que se tiene en cuenta al final es el producto procesado o terminado.

En concreto, este magistrado evidencia como en el caso específico del café no se logró el certificado de origen, de modo que los grandes beneficios son para las empresas extranjeras tostadoras del grano, lo cual resulta una vergüenza para Colombia, pues el producto emblemático de nuestro país resulta que termina siendo originario de EE.UU.

### *3.4 Capítulo Seis. Medidas sanitarias y fitosanitarias*

El objetivo de estas medidas, se justifican en el tratado a partir de la necesidad de protección de la vida y salud de las personas, animales o vegetales, y la necesidad de un Comité Permanente que atienda y resuelva los problemas que se presenten en este campo.

A este respecto, este magistrado observa, en primer término, que esta materia hay que tener en cuenta el Acuerdo marco de la OMC, en el sentido de establecer derechos y compromisos de los Estados en la aplicación de estas medidas que no puede ser arbitrario o discriminatorio, de modo que no se pueden aplicar tales medidas cuando encubran restricciones al comercio internacional (art. 6.2).

En segundo lugar, para el suscrito magistrado es claro que si bien no se puede negar la necesidad de que se establezcan y se puedan adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias, es necesario señalar que con ello se puede terminar

excluyendo del mercado a muchas personas que fabrican de manera artesanal, lo cual afectaría sobretodo a la producción interna de nuestro país que es en gran parte manufacturera.

De otra parte, en mi criterio, esas medidas también pueden ser utilizadas para impedir el ingreso al mercado de ciertos productos, de manera discriminatoria o arbitraria, como ha ocurrido en los mercados comunes.

Finalmente, considero que uno de los mayores problemas que presenta este capítulo es que no se dice de manera clara, expresa y desde el comienzo cuáles son las medidas sanitarias o fitosanitarias para que los Estados Partes se puedan ajustar a ellas, sino que se deja que se establezcan después, lo cual en mi concepto es peligroso, perverso y desventajoso para Colombia. En el caso de este tratado, es claro que no se logró esa predeterminación de reglas expresas y claras, por lo que en la práctica se presta a que haya restricciones arbitrarias a las exportaciones de productos que no cumplan esas reglas fijadas posteriormente y conviertan los beneficios comerciales en nugatorios, lo cual terminaría afectando esencialmente a la parte débil de la relación que en este caso es Colombia.

### *3.5 Capítulo Siete. Obstáculos técnicos al comercio*

En relación con este capítulo, es de afirmar que su objetivo principal es el de evitar que las normas y reglamentos técnicos sean utilizados como barreras no arancelarias al comercio de bienes industriales agropecuarios entre Colombia y EE.UU. De esta forma, se busca que exista un acceso efectivo a las preferencias arancelarias pactadas y profundizar el acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, a través de un Comité encargado de implementar y verificar el cumplimiento de lo acordado en esta materia, con el fin de agilizar el intercambio comercial. Sin embargo, es de advertir que estas medidas no impide que cada Estado Parte regule los procedimientos técnicos de que trata este capítulo.

No obstante lo anterior, en opinión del suscrito magistrado este es un capítulo de buenas intenciones, que sin embargo excluye la posibilidad de controvertir las medidas de que trata el capítulo siete del Acuerdo de Promoción Comercial y con ello se labra a mi juicio el camino a la ruina de Colombia.

### *3.6 Capítulo Ocho. Defensa Comercial*

Este capítulo se encuentra conformado por dos secciones y alude a la imposición de medidas de salvaguardia, procedimientos de investigación y

requisitos de transparencia, notificación y consulta, compensación, medidas de salvaguardia global y definiciones. Así mismo, contempla el antidumping y derechos compensatorios. Para su aplicación, debe tenerse en cuenta lo previsto en el GATT.

A este respecto, el suscrito magistrado considera que estas salvaguardias sólo se aplican en el período de transición, por lo cual a la terminación del periodo de transición es posible que se adopten procedimientos desleales y se dé el dumping, así como que se sigan presentando los subsidios por ejemplo a la producción agrícola de los Estados Unidos, y desfijación de tope de precios ya que el libre comercio no funciona de acuerdo con topes de precios.

### *3.7 Capítulo Nueve. Contratación Pública*

Este capítulo contempla el ámbito de aplicación de la contratación pública de mercancías y servicios a través de cualquier mecanismo contractual, los principios generales, información sobre dicha contratación, condiciones de participación, licitaciones y adjudicación, publicidad de estos procesos, excepciones, funcionamiento de un Comité de Contratación pública y definiciones.

Sobre esta materia, el suscrito magistrado advierte en primer término, que son de tener en cuenta las modificaciones introducidas en estos temas por el Protocolo Modificatorio. En segundo lugar, este magistrado considera necesario evidenciar que pese a las disposiciones contenidas en este capítulo, ningún profesional colombiano puede ejercer en los Estados Unidos mientras primero no haya obtenido el estatus de residente y/o el permiso de trabajo correspondiente, lo cual constituye un obstáculo esencial para el pretendido intercambio de servicios y la contratación recíproca que dice promover este Tratado.

### *3.8 Capítulo Diez. Inversión*

Las materias contenidas en las tres secciones que conforman este capítulo, conciernen principalmente al ámbito de aplicación y cobertura, trato nacional y de la nación más favorecida, expropiación e indemnización, transferencias, requisitos de desempeño, inversión y medio ambiente, solución de controversias entre inversionista y un Estado y definiciones. Este capítulo comprende siete anexos (10 A, B, C, D, E, F y G) relacionados entre otros, con el derecho internacional consuetudinario, la expropiación, sometimiento al arbitraje y disposiciones especiales de solución de controversias. En relación con este capítulo, el suscrito magistrado advierte varias dificultades.

*3.8.1* En primer lugar, considero que las disposiciones de este capítulo constituyen un tratado de protección a la inversión extranjera, que permite



invertir en el país para después sacar de éste las ganancias, sin ningún beneficio para una nación subdesarrollada como la nuestra que necesita divisas. Así mismo, de acuerdo con las estipulaciones de este capítulo, la política cambiaria queda sujeta a este Tratado y, por tanto, el manejo monetario interno autónomo se pierde, lo cual constituye una grave afectación al marco constitucional interno.

De otra parte, al analizar las cláusulas de inversión se advierte que los inversionistas podrán hacer lo que quieran y después se llevarán el dinero al exterior, que es uno de los problemas de no exigir requisitos de desempeño.

En este orden de ideas, considero que las garantías serán únicamente para los inversionistas extranjeros, que son los que definen las expectativas de ganancia, lo que genera un problema de igualdad frente a los inversionistas nacionales.

A este respecto, me permito remitirme a lo sostenido por Karl Marx, en *El Capital*, pensador que acertadamente afirma que el capital lleva al patíbulo al que sea con tal obtener las ganancias buscadas y que no se puede afirmar que el capitalismo admita algún límite en la búsqueda y consecución de utilidades, aunque ello sea a costa de cualquier cosa, incluso de los pretendidos y cacareados derechos del estado liberal, que por tal razón Marx no les concedía más realidad que un uso ideológico de la clase dominante o hegemónica en el poder.

Para el suscrito magistrado es necesario advertir que si lo anterior se acepta como un derecho de los inversionistas extranjeros, esto es, la fijación de las expectativas de ganancias por parte de los inversionistas y empresarios extranjeros y la búsqueda de las mismas sin controles, después se considerará como una expropiación el hecho de que no se cumplan dichas expectativas de ganancias, lo cual les terminará dando derechos inclusive para reclamar indemnizaciones.

Lo anterior tiene consecuencias y una afectación directa de los derechos fundamentales de los colombianos, para ejemplificar lo cual me permito citar el caso de los medicamentos en Colombia, ya que en ninguna parte del mundo los medicamentos genéricos son más costosos que en Colombia, y ya lo ha dicho AFIDRO: quien después de la entrada en vigencia de este Acuerdo de Promoción Comercial establezca un límite a los precios de los medicamentos estaría violando el TLC, lo cual generaría una indemnización.

A este respecto, es necesario recordar que la Constitución Nacional prevé una función social para las empresas, no sólo para la propiedad. Por eso, no se puede sostener ahora que el Gobierno Nacional no puede controlar los precios de los medicamentos producidos por los laboratorios de las multinacionales extranjeras.

Por consiguiente, a mi juicio, estas disposiciones atentan contra los artículos 65, 333 y 334 de la Carta Política y cualquier medida de intervención del Estado es un acto legítimo que no puede dar lugar a una indemnización. Me permito mencionar que a otros países como a Canadá ya lo han condenado por adoptar estas medidas, y Australia no se dejó imponer una tal cláusula. De otra parte, considero que el Congreso puede subordinar a condiciones especiales los derechos de los extranjeros por razones de orden público, tal y como lo prevé la Constitución Nacional en el artículo 100 Superior.

Finalmente, me permito insistir nuevamente en un punto que considero nodal en este Acuerdo, esto es, en la vulneración de la soberanía nacional, la cual se expresa a través de la soberanía judicial, por cuanto se consagraron como regla general mecanismos excepcionales y alternativos de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje, contrariando la regla general de administración de justicia por parte de los jueces de la República.

### *3.9 Capítulo Once. Comercio transfronterizo*

Los temas que se regulan en este capítulo son el ámbito de aplicación, trato nacional y de la nación más favorecida, acceso a los mercados, presencia local, medidas disconformes, reglamentación nacional, transparencia en el desarrollo y aplicación de las regulaciones, reconocimiento, transferencias y pagos, denegación de beneficios, compromisos específicos, implementación y definiciones. En este capítulo no se hace referencia a bienes sino al comercio de servicios con reglas similares.

Para el suscrito magistrado estas medidas deben compararse con todas las normas de la Constitución Política, lo cual no se hizo en la presente sentencia.

### *3.10 Capítulo Doce. Servicios financieros*

El punto central de este capítulo se refiere a la delimitación del ámbito de aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y EEUU en materia de servicios financieros, y se excluye determinadas actividades o servicios. El objeto de estas medidas es ampliar la competencia mediante el establecimiento de bancos y compañías de seguros a través de sucursales con capital incorporado en el país.

En relación con este capítulo el suscrito magistrado manifiesta su discrepancia respecto de la idea que la Constitución Nacional no ha adoptado un modelo económico. Es de observar que de acuerdo con la Carta Política, la dirección de la economía está en manos del Estado (art. 334 C.P.) y con este Acuerdo, en lo que tiene que ver con el dinero que es la “*sangre del capita-*

*lismo*”, otro Estado va a imponer las reglas para su manejo por las entidades financieras. A partir de este Tratado, en Colombia, ya no se podrá nacionalizar la banca sin tener que reconocer una indemnización.

Así las cosas, este magistrado se pregunta: ¿dónde quedan entonces con estas medidas la igualdad, la equidad y la soberanía del Estado colombiano para regular, vigilar y controlar la actividad financiera, bursátil y aseguradora como lo establece el artículo 335 Superior?.

De otra parte, este magistrado evidencia que en Colombia el valor de las tasas de interés y de intermediación financiera es inmenso, de modo que con estas medidas todavía más, las entidades financieras recibirán dinero a interés bajo y prestarán a intereses muy altos, con el agravante que sólo hay obligaciones de medio. A juicio de este magistrado esto contradice la función social que tienen las empresas, puesto que éstas sólo buscan ganancias. De esta forma, considero que con este Acuerdo el Estado Social de Derecho se continúa sacrificando en aras de la inversión extranjera. A ese paso, se terminarán entregando a inversionistas extranjeros las empresas estatales de servicios públicos que eran de las entidades territoriales a cambio de nada. A mi juicio, las estipulaciones del TLC impedirán realizar políticas de intervención y no será posible formular una política pública distinta en materia financiera.

Aún cuando se argumente que en relación con este tema se consagraron las excepciones contenidas en el artículo 12.10 del Acuerdo, en donde se concluye que quedan a salvo las competencias regulatorias de las autoridades colombianas, en opinión del suscrito magistrado sin embargo, la misma norma exige que esas regulaciones no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo. De este modo, considero que con estas medidas el sector financiero quedará en manos de la banca extranjera pudiendo poner de rodillas al Gobierno Nacional en cualquier momento. A este respecto, baste recordar lo ocurrido al General Rojas Pinilla cuando la banca decidió parar.

Finalmente, debo insistir en que estas regulaciones tocan con una materia crucial para cualquier sistema económico y que no se puede dejar en manos de otro Estado extranjero la suerte del sistema financiero nacional, lo cual afecta la soberanía nacional. A lo anterior, debo agregar que por lo demás el sistema financiero y la banca de EE.UU no es una de la más confiable del mundo. A mi juicio, se debe entonces preservar la competencia del Gobierno Nacional para adoptar una política económica determinada e intervenir cuando ello sea necesario en la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos de captación –literal d) numeral 19 art. 150 CN-, por cuanto estas actividades son de interés público, de conformidad con la Constitución Nacional en su artículo 335 Superior.

### 3.11 *Capítulo Trece. Política de competencia. Monopolios designados y empresas de Estados*

El núcleo de este capítulo radica en la supuesta garantía a la libre competencia y las restricciones que puede establecer el legislador, pero se terminan estableciendo “monopolios designados” que distan mucho de encontrarse en armonía con la Constitución Política.

En primer término, el suscrito magistrado evidencia la imposibilidad de que sea compatible la creación de unos tales monopolios designados, públicos o privados, con la restricción constitucional que rige en Colombia, ya que el Acuerdo permite la creación de otros monopolios distintos a los permitidos expresamente por la Constitución Nacional.

En segundo lugar, para el suscrito magistrado no es claro el concepto y la naturaleza jurídica de la figura de “monopolio designado”. Así, este concepto y naturaleza de monopolio designado no queda claro en el capítulo de definiciones, definiciones de las cuales se puede deducir que por ejemplo las patentes constituyen un monopolio.

De otra parte, este magistrado considera que el presente Acuerdo presenta contradicciones conceptuales y analíticas en esta materia por cuanto una interpretación acorde con un sistema capitalista, con la libertad de empresa y la libre competencia, no es la de la consagración de monopolios, sino por el contrario el establecimiento del principio según el cual los monopolios están prohibidos en principio y sólo puede haberlos excepcionalmente con fines rentísticos, tal y como lo establece la Constitución Política. Adicionalmente, este magistrado evidencia que resulta un absurdo que se haya celebrado un tratado de “libre comercio” para favorecer los monopolios.

Finalmente, el suscrito magistrado se permite señalar que en Colombia se prohíbe un monopolio en cualquier etapa del proceso económico.

De conformidad con lo expuesto en los puntos anteriores, considero que la norma permite el establecimiento de monopolios que están prohibidos en la Constitución Nacional, por cuanto consagra lo contrario al sistema liberal capitalista de libre competencia. Kart Marx sostuvo en *El Capital* algo que no ha logrado ser desvirtuado: en el capitalismo existe tendencia natural a la centralización del capital, en cualquier actividad económica. A mi juicio, uno de los problemas esenciales que genera el monopolio es que distorsiona los precios en el mercado. Hay bienes que son insustituibles, y de otra parte, los monopolios pueden presentarse en todas las etapas del proceso económico. Por tanto, a este magistrado le preocupa que se sienta el precedente de que el monopolio está permitido como regla general en Colombia. Excepcionalmente, la Constitución Nacional previó el monopolio de las armas y el monopolio

consagrado en el artículo 336 Superior. Así mismo, los monopolios de hecho se combaten en el ordenamiento jurídico colombiano con diferentes leyes.

### *3.12 Capítulo 14. Telecomunicaciones*

Este capítulo contiene regulaciones respecto del servicio público de telecomunicaciones tales como el ámbito y cobertura del mismo, el acceso a dicho servicio público, las obligaciones de proveedores y redes públicas, cables submarinos, servicios de información, organismos de regulación, servicio universal, solución de controversias, elección de tecnología y el Anexo 14-A relativo a telefonía rural en Colombia y EE.UU.

Para el suscrito magistrado, este tema trae aparejado una preocupación importante relativa al tema de la identidad nacional y el manejo de la información. Considero que en virtud de estas regulaciones en materia de telecomunicaciones se pueden adoptar medidas que pueden afectar aspectos y elementos de esa entidad, como el riesgo de que se apoderen del mercado colombiano, o el problema de la obligación de traducir al idioma nacional para preservar la identidad nacional, así como que estas medidas se adopten sólo en una vía y sean aplicadas sólo a Colombia, lo cual representa una asimetría que insisto conlleva el riesgo de que las empresas de telecomunicaciones extranjeras se apoderen del mercado colombiano.

Para este magistrado estas regulaciones respecto del manejo y control del servicio público de telecomunicaciones representa por tanto una preocupación real e importante relativa al tema de la identidad nacional, por cuanto considero que el tema del manejo de las telecomunicaciones se encuentra en estrecha conexión con el tema de la conformación y defensa de la identidad nacional, por tanto a mi juicio aquí se encuentra en juego la identidad nacional colombiana.

De otra parte, este magistrado observa que tal como se encuentra regulado este tema de las telecomunicaciones en el TLC, no se tiene que comprar sino sólo obligar a arrendar lo que ya existe, con el precio que el competidor imponga. Así mismo, considero que la exclusión de la televisión por cable obedece en último término a que ésta se encuentra en manos extranjeras. En este caso se aplican más servicios de telecomunicaciones de los que existen en EEUU. Finalmente, considero que con este Acuerdo se desviarán la facturación a EEUU. y reitero que se encuentra en juego la identidad nacional la cual no se protege ni defiende con este Acuerdo.

### *3.13 Capítulo 16. Aspectos transversales. Propiedad intelectual*

Este capítulo sobre medidas respecto de propiedad intelectual es más amplio de lo que se acepta, por cuanto de un lado regula de manera general los dere-

chos de propiedad intelectual, y de otro lado, se aplica de manera transversal a las materias tratadas en el Acuerdo, y las regulaciones contenidas en él son a juicio de este magistrado bastante preocupantes para el país, ya que en primer término, permiten que en materia de biodiversidad, de la cual Colombia tiene un 10% de la diversidad biológica que existe en el mundo, un Estado extranjero se termine apoderando de esta riquísima biodiversidad a través de patentes y que adicionalmente en el futuro nos toque pagar por los beneficios derivados de dicha biodiversidad que ha sido patentada a otros Estados. Por tanto considero que con este tratado se permite que se patente a otros Estados extranjeros la biodiversidad existente en Colombia a través de patentes. Así las cosas, considero que la figura jurídica de la patente, no constituye más que un monopolio, y que este TLC se suscribió para proteger a los monopolios.

Para el suscrito magistrado este tema de la protección y defensa de la biodiversidad en Colombia y de la consecuente diversidad genética que existe en el país es importantísimo y considero aberrante lo que se quiere hacer con ella por parte de los países poderosos, que quieren monopolizarla y manipularla, para producir por ejemplo especies estériles con el fin de que no se pueda volver a sembrar dichas especies vegetales y que los otros países tengan que comprarlas. Así mismo es de advertir la asimetría que existe en la autorización de contratos para la investigación y registro de patentes entre empresas transnacionales y comunidades indígenas, en virtud de los cuales se termina patentando especies y productos en EE.UU. que se comercializarán luego en Colombia.

De otra parte, para este magistrado es claro que de conformidad con las regulaciones previstas en este Acuerdo se acaba con la autonomía del Gobierno Nacional para ratificar otros tratados que lo pueden beneficiar. Así por ejemplo, este magistrado evidencia que los únicos Tratados que no se incluyeron en este Acuerdo son los que puede beneficiar a Colombia: el Tratado de Kyoto y el de Biodiversidad.

Ahora bien, este tema de la biodiversidad tiene una relevancia especial para el tema de la producción de medicamentos, ya que un alto porcentaje de ellos son de componente vegetal y se logran a través de la investigación genética. Así mismo considero que el Protocolo no arreglo estas dificultades. Se autoriza el arreglo de estos asuntos a través de contrato, lo cual genera todavía mayor preocupación a este magistrado, por cuanto considero que no es posible encontrar un escenario más asimétrico e inequitativo que el que se daría por ejemplo en el caso de una negociación entre las grandes transnacionales y las comunidades indígenas colombianas.

Por consiguiente, y en relación con el tema de los genéricos, el suscrito magistrado considera que los problemas que este tema plantea no se encuen-

tran resueltos ni por este Acuerdo ni por el Protocolo Modificadorio del mismo. Al respecto me permito observar que las restricciones existentes que protegen su comercialización pero en un corto plazo no es claro, sin que se tenga en cuenta el derecho a la salud en relación con todas las enfermedades, no solamente las que se considera como más graves.

Reitero que este Acuerdo presenta un problema muy grave relativo al tema de las patentes, las cuales se hacen respecto de bienes y recursos naturales nacionales cuyos productos derivados se patentan a un Estado extranjero y se terminan aplicando en nuestro país a un alto costo. Así mismo, reitero que en este Tratado el tema de los medicamentos genéricos no está resuelto. Por tanto, considero que en este Tratado por la vía de las patentes respecto de los medicamentos genéricos se termina afectando el derecho a la salud.

Otro tema importante y preocupante para este magistrado es el de la larga duración de las patentes que se otorgan, que en el caso de las patentes de medicamentos es de 20 años y en el caso de los agroquímicos se regula en el apartado 16.10 del Acuerdo. A juicio de este magistrado, en este Tratado se pone al Estado colombiano a proteger patentes de los EEUU. -Art. 21.2.1 del Tratado-, y por otra parte el concepto de “seguridad esencial” que se consagra es una noción imprecisa y ambigua. Por tanto, este magistrado advierte que con lo estipulado en el TLC se compromete al Estado colombiano a proteger las patentes de medicamentos de EEUU por largos periodos de tiempo, que el concepto de “seguridad esencial” es una noción imprecisa y podría incluir medidas del Gobierno para promover desarrollo social u objetivos culturales o ambientales. En este sentido, considero que subsisten las preocupaciones que ha tenido Colombia en relación con esta materia.

De esta manera, considero que el tema principal termina no siendo si hay patentes o no, sino los largos plazos de éstas que se amplían hasta 30 años. Ello provoca el encarecimiento de los medicamentos, al haber una barrera económica para el acceso a los medicamentos genéricos, a los cuales sólo podrán tener acceso quienes tengan la capacidad económica para adquirirlos, lo cual se encuentra en clara contravía del postulado de universalidad del derecho a la salud, que implica no sólo una cobertura universal respecto de los sujetos del derecho, esto es, un derecho de todas las personas y ciudadanos sin ningún tipo de excepción, sino también una cobertura universal respecto del objeto o prestación del derecho a la salud, esto es, el derecho de todas las personas y ciudadanos a acceder a todos los servicios de salud, incluyendo los medicamentos. Por consiguiente, en relación con el tema del derecho a la salud y los medicamentos debo reiterar mi posición jurídica respecto del derecho a la salud como un derecho constitucional fundamental y que todas las enfermedades son graves y ameritan igual protección desde el punto de vista constitucional.

En materia agropecuaria y de alimentos, reitero lo que ya expuse en el capítulo anterior correspondiente a esta materia, respecto en primer lugar a la desigualdad e inequidad que representan los subsidios que otorga Estados Unidos a muchos de sus productos agrícolas, lo cual redundará en competencia desleal y la quiebra del sector agrícola nacional. Así mismo reitero que como consecuencia de lo anterior pasaremos de ser un país productor, exportador y autoabastecido en materia de alimentos, a ser un país importador de alimentos. Finalmente reitero que lo más grave es que con estas medidas se terminará afectando la seguridad alimentaria nacional lo cual derivará en un drama humanitario de proporciones todavía no calculadas. Por todo ello, considero que ahora y como consecuencia de este tratado los *“alimentos se están comiendo a los hombres”*.

Finalmente, me permito reiterar que en este Acuerdo no se incluyen medidas para promover el desarrollo social u objetivos culturales o ambientales como desarrollo del concepto de “seguridad esencial”. Por tanto, las anteriores preocupaciones continúan siendo válidas.

Por todo lo anterior, considero que este acápite del Acuerdo de Promoción Comercial bajo estudio, es violatorio de la Constitución Nacional y vulneran más de cien artículos entre los cuales se encuentran los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución. También, parte del 150 en lo relacionado con las facultades del Congreso colombiano para regular esta materia y los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365 de la Carta Política. Por esta razón debo manifestar mi perplejidad y asombro no sólo ante la suscripción y ratificación de este Tratado por parte del Estado y Gobierno colombiano, sino aún más ante la declaratoria de exequibilidad por parte de esta Corte, que ha realizado un control de constitucionalidad acrítico, no obstante que es el máximo órgano al cual se le ha encargado la guarda de la supremacía de la Constitución, y sin embargo termina validando un tratado como este Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, que tiene efectos tan nocivos para nuestra Nación, razón por la cual este magistrado no entiende a qué tipo de intereses se está sirviendo con esta decisión.

### *3.14 Capítulo 17. Asuntos laborales*

En relación con este capítulo en donde se regulan las medidas relativas a asuntos laborales, este magistrado debe manifestar su postura a este respecto, la cual corresponde a una visión claramente distinta a la presentada en esta sentencia, y ello desde un punto de vista laboral a la luz de la Constitución Nacional. Así mismo, debo expresar que me aparto igualmente de las regu-



laciones y modificaciones que presenta el Protocolo Modificatorio de este Acuerdo, el cual considero es igualmente inconstitucional.

Respecto de este tema, considero necesario mencionar que en el caso de los TLC con México y Canadá, los trabajadores de los tres países protestaron, precisamente por cuanto consideraron afectados sus derechos laborales. Al respecto considero que la globalización será buena el día en que el obrero colombiano gane lo mismo que un obrero de un país desarrollado, ya que no podemos seguir siendo la única “estirpe condenada sobre la tierra” para citar la famosa frase de nuestro nobel colombiano.

Así mismo, cabe mencionar también que en el TLC con Chile se incluye el tema de la libertad sindical y el derecho de huelga, a diferencia de lo que sucede en el caso del TLC con Colombia, en donde no existe una cláusula de protección de los derechos de los trabajadores. En este contexto, se entiende perfectamente la posición de algunos sectores políticos de Estados Unidos que se encuentran clara y expresamente en contra de este Acuerdo de Promoción Comercial con Colombia, así como la solidaridad de los obreros norteamericanos con los trabajadores colombianos, solidaridad que en este país no se ha entendido y que responde no sólo a la persecución, desvertebramiento del movimiento sindical en Colombia y aumento de los asesinatos selectivos en contra de los sindicalistas colombianos, sino también a la afectación de los derechos de todos los trabajadores y sus derechos laborales.

En este orden de ideas, para el suscrito magistrado es claro que a pesar de que en este Acuerdo se hace mención a unos derechos de los trabajadores, les queda por fuera un derecho fundamental: el derecho a la libertad sindical, que se encuentra amparado no sólo en el ordenamiento interno por el artículo 38 Superior, sino también a los Convenios de la OIT, los cuales han sido ratificados tanto por Colombia como por los Estados Unidos y por tanto vincula a ambos Estados.

Por consiguiente me permito reiterar a continuación la jurisprudencia de esta Corte en relación con el derecho de asociación sindical y su carácter de derecho fundamental.

**(i) Naturaleza constitucional de la libertad sindical y del derecho de asociación sindical y sus limitaciones constitucionales**

El artículo 39 de la Carta Política señala que “(l)os trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”.

El inciso segundo de esta norma superior señala también que la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. El inciso tercero a su vez, señala que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procederán por vía judicial.

En relación con el concepto de libertad y asociación sindical y su diferenciación, ha establecido esta Corte que el derecho fundamental de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la C.N. constituye una modalidad del derecho fundamental a la libre asociación consagrado en el artículo 38 de la Carta Política, y que a su vez el derecho de asociación sindical se encuentra comprendido dentro del concepto de libertad sindical que tiene un ámbito conceptual y normativo mayor al del derecho de asociación sindical, siendo éste una manifestación de aquel.

A este respecto ha señalado esta Corporación en la sentencia C-385 del 2000 y reiterado en la sentencia C-797 del 2000:

*“En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.”*

La jurisprudencia de esta Corte ha considerado, que la libertad sindical comprende entonces el derecho de libre asociación y constitución de las asociaciones y organizaciones de trabajadores; la facultad de organizar estructural y funcionalmente dichas organizaciones; el poder de darse sus propios estatutos y reglamentos internos; la garantía de la cancelación de dichas organizaciones sólo por vía judicial; el derecho a federarse y confederarse a nivel nacional y/o internacional; la prohibición para el legislador y ejecutivo de adoptar regulaciones o medidas restrictivas de estas libertades. Todo ello dentro de los límites impuestos por la propia constitución en su artículo 39 respecto del principio de legalidad y principio democrático.

Sobre los elementos que contiene la libertad sindical ha expresado esta Corte:

*“Considera la Corte, en consecuencia, que la libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones per-*

*manentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical”.*<sup>69</sup> (resalta la Corte)

En este sentido la Corte ha reiterado que el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental<sup>70</sup>, inherente al ejercicio del derecho al trabajo, y que consiste en la libre voluntad de los trabajadores para constituir organizaciones permanentes que los identifiquen y los una en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa, y ajena a toda intromisión del Estado o intervención de sus empleadores<sup>71</sup>.

Así mismo, ha establecido que el derecho de asociación sindical tiene tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, y que constituye un camino para la realización plena del individuo dentro de un estado social y democrático de derecho,<sup>72</sup> y que debe ser reconocido y respetado por todas las ramas y órganos del poder público.

<sup>69</sup> Sentencia C-797 del 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>70</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-418 del 19 de junio de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).

<sup>71</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-385 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>72</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1328 del 10 de diciembre de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La jurisprudencia de esta Corte ha destacado también que dentro de las características propias del derecho de asociación sindical se destacan la de tener un carácter *voluntario*, en tanto que su ejercicio se fundamenta en la autodeterminación de la persona para asociarse o vincularse con otros individuos dentro de una organización colectiva, con el fin de proteger sus derechos e intereses como trabajadores, pudiendo libremente tanto afiliarse como retirarse de la misma. El derecho de asociación sindical tiene igualmente un carácter *relacional*, ya que de una parte constituye un derecho subjetivo de carácter individual y, pero de otra parte, su ejercicio depende de que existan otras personas que estén dispuestas a ejercer el mismo derecho para que a través de un acuerdo de voluntades, se forme una persona colectiva de carácter jurídico. Finalmente, ha establecido esta Corte que el derecho de asociación sindical tiene un carácter *instrumental*, en la medida en que existe un vínculo jurídico necesario para alcanzar los fines propuestos por la organización<sup>73</sup>.

Finalmente, este magistrado debe reiterar la idea de que la libertad sindical y el derecho de asociación sindical, se encuentran vinculados desde un punto de vista analítico y normativo a la concepción democrática del Estado Social y Constitucional de Derecho, al concepto de estado pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades y unos derechos básicos y fundamentales. Esto encuentra su razón de ser en que la libertad de asociarse en organizaciones sindicales constituye una expresión del ejercicio de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de pensamiento, expresión, de reunión y asociación, así como de los derechos de participación en la organización pública y toma de decisiones que atañen a los intereses comunes y colectivos de los asociados, todo lo cual constituye el punto de partida para la participación política<sup>74</sup>.

Así mismo, debo insistir Sala en que la libertad sindical y el derecho de asociación sindical son elementos esenciales para el Estado social, constitucional y democrático de derecho, y constituyen una garantía para la efectiva realización de valores fundamentales de la sociedad, tales como el trabajo, la justicia social, la paz, la libertad y la convivencia<sup>75</sup>, y recuerda así mismo que en la Asamblea Nacional Constituyente se consideró la libertad sindical y el derecho de asociación sindical como esencial para la democracia y para el desarrollo y consolidación del Estado, de la sociedad y de las personas.

---

<sup>73</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-441 del 3 de julio de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>74</sup> Ver sentencia C-385 y C-797 del 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>75</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 23 de julio de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz).

Pues bien, no obstante lo anterior, la libertad sindical no es un derecho absoluto, si no que encuentra sus límites en el *orden legal* y en los *principios democráticos*, acorde a los manifestado por el inciso 2° del artículo 39 constitucional.

Así las cosas, las organizaciones sindicales no pueden ser ajenas a los principios democráticos que fundan el Estado colombiano. Por consiguiente, los sindicatos pueden determinar las condiciones de funcionamiento que estime más adecuadas, fruto de su fueron interno, siempre y cuando dichas condiciones estén acordes con los principios de las sociedades democráticas. No obstante, debe diferenciarse el funcionamiento propiamente dicho del sindicato, de la escogencia de sus directivas, facultad ésta que puede ser sometida a las restricciones que denota el artículo constitucional mencionado.

Ahora bien, aunque la libertad sindical puede relativizarse acorde a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 39 constitucional, lo cierto es que dichas limitaciones en momento alguno pueden alterar o menoscabar la esencia estructural de dicho derecho.

A este respecto, la Corte Constitucional ha afirmado:

*“No es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, concretable por el legislador, que “la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos” (art. 39 inciso 2) y que los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa. Por lo tanto, se advierte, que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio.”<sup>76</sup>*

De conformidad con lo anterior, cualquier marco expedido por el legislador debe respetar la autonomía de que gozan los sindicatos para establecer sus estatutos, sus reglamentos, su forma de gestión administrativa y financiera; todo esto en desarrollo del principio de no injerencia del Estado en el funcionamiento de las organizaciones sindicales.

En síntesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en expresar que no obstante el carácter fundamental de la libertad sindical y el derecho

---

<sup>76</sup> Sentencia C- 797 de 2000 Corte Constitucional.

de asociación sindical, éstos no ostenta un carácter absoluto, por cuanto la misma Carta Fundamental en su artículo 39, condiciona el ejercicio de dicha libertad y derecho a que su estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujeten al orden legal y a los principios democráticos.

Por consiguiente, la estructura y organización de la asociación sindical debe llevarse a cabo respetando tanto las normas superiores consagradas en la Constitución, las disposiciones legales y los principios democráticos, lo que implica que en el ejercicio de sus derechos, facultades y potestades la organización sindical y las personas afiliadas a él deben sujetarse al orden constitucional, legal y democrático, no pudiendo vulnerar dichos ordenamientos.

Ahora bien, de otro lado ha reconocido también la Corte que si bien no es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, concretable por el legislador, que “*la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos*” (art. 39 inciso 2), la restricciones o limitaciones a la libertad sindical no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el *núcleo esencial del derecho a la libertad sindical*, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio.<sup>77</sup>

En este sentido, existen claros límites constitucionales al poder regulatorio del legislador en materias que afecten de manera directa el núcleo esencial de la libertad sindical y el derecho de asociación, de tal manera que hagan nugatorio dicha libertad y autonomía de los sindicatos.<sup>78</sup>

En conclusión, la Carta Política protege de manera amplia la libertad sindical y el derecho de asociación, esto es, el derecho de los trabajadores a instituir sindicatos sin intervención del Estado, pero con sujeción a los límites que impone el marco constitucional superior, a los principios democráticos, y al marco regulatorio de la legislación nacional sobre la materia, sin que dicha legislación pueda llegar a afectar el núcleo esencial de la libertad sindical y el derecho de asociación.

## (ii) Disposiciones del derecho internacional y los convenios de la OIT.

### Bloque de constitucionalidad

Ahora bien, la libertad sindical y el derecho de asociación sindical han sido reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>79</sup>,

<sup>77</sup> Ver Sentencia T-527 del 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería

<sup>78</sup> Ver Sentencia C-201 del 2002, Jaime Araújo Rentería.

<sup>79</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 -Resolución 217 A (III)-.

que por su parte, consagra que toda persona tiene el derecho a reunirse y asociarse de manera pacífica, al igual que el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos –artículos 20.1 y 23.4–.

Así mismo, la libertad sindical y el derecho de asociación sindical se encuentran reconocidos en los artículos 22 y 8° de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos<sup>80</sup> y de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>81</sup> respectivamente, y en igual sentido por el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>82</sup>, los cuales dotan de efecto vinculante a la libertad sindical consagrada en la Declaración de los Derechos Humanos, refiriéndose al derecho “*de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para protección de los derechos y libertades ajenos*”.

Destacan esas disposiciones el carácter fundamental de la libertad de asociación de empleadores y trabajadores, en cuanto no “[*autorizan*] a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en la forma que menoscabe dichas garantías”.<sup>83</sup>

Así también, la Carta Internacional de los Derechos Humanos<sup>84</sup> señala que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de asociación lleva implícito el derecho a establecer y a formar parte de organizaciones sin obstáculos y sin que existan más limitaciones que las prescritas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

*“156. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de*

<sup>80</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se suscribió por los delegados a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 -Resolución 2200 A (XXI)-, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue aprobado mediante Ley 74 de 1968

<sup>81</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se suscribió el 16 de diciembre de 1966 en la Asamblea General de las Naciones Unidas -Resolución 2200 A (XXI)-. Entró en Vigor el 3 de Enero de 1976. Fue aprobado mediante Ley 74 de 1968.

<sup>82</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y adoptada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972

<sup>83</sup> Ver sentencia T-285 del 2006

<sup>84</sup> Artículo 23.

*las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito si presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.*

157. El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía universales”.

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos.

159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse (...)”<sup>85</sup>

No sólo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también los convenios internacionales aprobados por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, se han ocupado especialmente del derecho de asociación sindical.

Con la expedición de las leyes 26 y 27 de 1976, Colombia ratificó los Convenios 87 y 98 de la O.I.T., relativos a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva, respectivamente. Así mismo, mediante la ley 524 de 1999 fue aprobado el Convenio 154 de la OIT el cual fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en la sentencia C-161 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, según el artículo 93 de la Constitución los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Congreso, prevalecen en el ordenamiento interno y constituyen criterio de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta, lo cual expresa en la figura del bloque de constitucionalidad. Concretamente en materia laboral, el artículo 53 *ibídem* dispone que hacen parte de la legislación interna los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados<sup>86</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido (i) en primer lugar, que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna, de conformidad con el inciso 4 del artículo 53 de la CN; (ii) en segundo lugar, que

<sup>85</sup> Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Citada por: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional” Volumen II. Bogotá, 2001, Pg. 24.

<sup>86</sup> Ver Sentencia C-401 del 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad; (iii) en tercer lugar, ha realizado una distinción entre los convenios de la OIT para señalar que alguno de ellos pertenecen al bloque de constitucionalidad en *sentido estricto* (inciso 1 art. 93 CN) y en sentido *lato* (inciso 2° CN). Los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno, en cuanto prohíben la limitación de un derecho humano bajo los estados de excepción y en consecuencia hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia. Los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato “*sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53)*”<sup>87</sup>.

En cuarto lugar, ha establecido la Corte que hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte misma determine que pertenecen al mismo, de conformidad con las materias de que traten. (v) Finalmente, ha establecido la Corte que el carácter normativo obligatorio de los convenios de la OIT ratificados por Colombia impide que sean considerados como parámetros supletorios ante vacíos en las leyes, y que deben ser aplicados por todas la autoridades y los particulares.<sup>88</sup>

Así las cosas, esta Corporación ha establecido expresamente que los convenios 87 y 98 de la OIT, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. En relación con el convenio 154 de la OIT esta misma Corporación ha establecido su pertenencia al bloque de constitucionalidad.

Pasa ahora este magistrado a referirse brevemente a los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT

El convenio 87 de la OIT consagra, en términos generales, que los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, gozan del derecho a constituir las organizaciones que estimen pertinentes y de afiliarse a ellas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas; así mismo, que el ejercicio del derecho de sindicalización debe estar revestido de suficientes garantías para que los sindicatos puedan desplegar sus actividades sin injerencia alguna de las autoridades públicas, estando obligados los Estados miembros que se adhieran al Convenio a tomar todas las medidas necesarias para tal fin; proscribió además la disolución o suspensión por vía administrativa de las organizaciones de trabajadores o empleadores, entre otras disposiciones.

Para el presente proceso, conviene resaltar los artículos 2, 3 y 8 del Convenio 87 de la OIT, según los cuales:

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> Ver sentencia C-401 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“Artículo 2

*“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.*

“Artículo 3

*“1. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular sus programas de acción”.*

*“2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.*

“Artículo 8

*“1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.*

*“2. La legislación no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en este Convenio”.*

Como ya se anotó, el artículo 39 de la Constitución, así como el instrumento antes citado, consagran el principio de autonomía sindical o de no intervención del Estado en los asuntos propios de dichas organizaciones, según el cual éstas pueden constituirse sin injerencia o autorización previa, así como redactar sus estatutos y reglamentos, sin más limitaciones que el orden constitucional, legal y los principios democráticos.

El Convenio 98, por su parte, constituye un instrumento normativo de protección a los trabajadores respecto de los posibles actos discriminatorios en contra de la libertad sindical, y asegura un ambiente libre de coerciones o limitaciones en los procesos de negociación colectiva.

Dentro del presente proceso, este magistrado destaca la relevancia del artículo 4 del convenio 97 de la OIT que consagra:

“Artículo 4

*“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”*

Además esta Corte, mediante reiterada jurisprudencia sobre la materia, ha señalado con claridad que la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto “*versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción*”<sup>89</sup>.

De la exposición de los convenios 87, 98 de la OIT ratificados por Colombia y que hacen parte de la legislación interna y del bloque de constitucionalidad, se colige que los Estados miembros de la OIT deben garantizar la libertad sindical y el derecho de asociación sindical de forma tal que en su ordenamiento no se incluyan disposiciones que denieguen o restrinjan ese reconocimiento. En efecto, tanto en los instrumentos internacionales como en la propia Carta Política se otorga una protección especial a la libertad sindical y el derecho de asociación sindical y se consagra la garantía de que su ejercicio no puede ser limitado o impedido por la intervención de las autoridades, o indebida injerencia del Estado o restricción indebida de la legislación que afecte el núcleo esencial de estos derechos.

En consecuencia, siendo parte del bloque de constitucionalidad los convenios de la OIT 87 y 98, no cabe duda que puede afirmarse que las normas de éstos tienen rango constitucional y por consiguiente dichos contenidos normativos deben ser compaginados con los postulados del artículo 39 Constitucional que establecen como demarcaciones de la libertad sindical el *orden legal* y los *principios democráticos*

El convenio 154 de la OIT “*sobre la negociación colectiva*” fue aprobada por la Ley 524 de 1999 y fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en la sentencia C-161 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Para efectos del presente proceso de constitucionalidad se destacan los artículos 1, 2, 5, 6, 7 y 8 de dicho convenio.

“Artículo 1

“1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica.”

“Artículo 2

“A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) fijar las condiciones de trabajo o empleo, o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o

---

<sup>89</sup> Sentencia T-568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”*

*“Artículo 5*

*“1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.*

*“2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:*

*a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;*

*b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;*

*c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;*

*d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;*

*e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.”*

*“Artículo 6*

*“Las disposiciones del presente Convenio no obstaculizarán el funcionamiento de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva.”*

*“Artículo 7*

*“Las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores”*

*“Artículo 8*

*“Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva” (resaltados fuera de texto)*

Esta Corporación mediante la sentencia C-161 del 2000, que estudió la constitucionalidad del mencionado convenio y su ley aprobatoria, analizó la finalidad del Convenio, encontrando que ésta radica en el deseo de fomentar la negociación colectiva como un instrumento libre y voluntario de concertación de las condiciones económicas derivadas de la relación laboral.

Manifestó la Corte en aquella oportunidad que este Tratado internacional desarrolla plenamente los postulados constitucionales, en especial, el artículo 55 de la Carta, sobre la negociación colectiva, como un procedimiento que concreta y fortalece el acuerdo de voluntades y es uno de los medios más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo. Por consiguiente, la negociación colectiva libre y voluntaria “*se presenta en el ámbito constitucional como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de patronos y los trabajadores*”<sup>90</sup>, que goza de amplio sustento y garantía constitucional.<sup>91</sup>

Para este magistrado, la promoción de la negociación colectiva tiene un sustento constitucional en el Preámbulo y el artículo 2 de la Constitución que consagra el deber del Estado de promover y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, mandato que tiene que ver directamente con las funciones que cumple la negociación colectiva y que tienen que ver con la participación activa y decidida de los sujetos de la relación laboral, en la búsqueda de soluciones a los conflictos económicos que surgen de ella. Por ello, para la Corte “*el Estado no sólo debe garantizar el libre ejercicio de este derecho sino que debe “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (C.P. inciso 2 del art. 55)”*”<sup>92</sup>.

En cuanto al contenido de este Convenio 154 de la OIT, el artículo 1º señala que se aplica a todas las ramas de la actividad económica, que la legislación interna puede determinar su aplicación a las fuerzas armadas. A este respecto dijo la Corte:

*“Así pues, bajo estas condiciones, esta cláusula del convenio desarrolla los artículos 55 y 333 de la Constitución, como quiera que el Estado garantiza en mayor medida la negociación colectiva cuando la extiende a todas aquellas actividades que son reguladas por la autonomía contractual. Por consiguiente, es indudable que la posibilidad de buscar la solución pacífica, concertada y libre a los conflictos en las ramas de la actividad económica, no sólo beneficia e interesa a las partes de la relación laboral sino que se convierte en un asunto que involucra el interés público.”*<sup>93</sup>(resaltado fuera de texto)

<sup>90</sup> Sentencia SU-342 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>91</sup> Sentencia C-1234 del 2005, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>92</sup> Sentencia C-161 del 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>93</sup> Sentencia C-161-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

Sobre el concepto de “negociación colectiva”, contenido en el artículo 2º del Convenio 154 de la OIT, la Corte ha señalado que esta expresión “negociación colectiva”, resulta ajustada a la Constitución, pues se enmarca en los siguientes objetivos : (i) busca lograr una **concertación voluntaria y libre** de las condiciones de trabajo; (ii) para ello, se hace necesario un diálogo que afiance el clima de tranquilidad social; (iii) el propósito de la negociación es la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral; y (iv) debe haber garantías para que los representantes de las partes sean oídos. Todos estos objetivos conducen al afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores.<sup>94</sup>

Sobre la importancia de la negociación colectiva ha expresado esta Corte que *“la negociación colectiva puede adquirir la categoría de derecho fundamental cuando su desconocimiento implica la vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical”*<sup>95</sup>.

*De otra parte, de acuerdo con la Carta y con la jurisprudencia constitucional, los objetivos de la negociación colectiva se centran en la concertación voluntaria y libre de condiciones de trabajo, la necesidad del diálogo que afiance el clima de tranquilidad social, la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de las partes sean oídos y atendidos y, el afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores”*.<sup>96</sup> (negrilla fuera de texto)

En relación con el artículo 5 del convenio, encontró la Corte que *“esta disposición del convenio deja en libertad a los Estados para tomar las medidas adecuadas para cumplir con su finalidad de fomentar la negociación colectiva, pues los métodos que adoptan pueden ser diferentes pero todos dirigidos a posibilitar, a universalizar, a extender progresivamente a materias no contempladas en el convenio y a fomentar la negociación colectiva. Por lo tanto, el instrumento consagra como cláusula general el principio de fomento de la negociación colectiva, mientras que las cláusulas específicas deberán ser desarrolladas por la legislación interna, dentro de los objetivos allí señalados. De todas maneras, tal y como lo señala el artículo 8º del Convenio, las medidas de fomento no podrán concebirse o aplicarse de tal forma que obstaculicen la libertad de negociación colectiva”*<sup>97</sup>, razón por la cual encontró ajustadas a la Carta Política tanto el artículo 5 como el 8 del Convenio.

En relación con el artículo 6º del Convenio, que consagra que las disposiciones de este instrumento internacional no obstaculizarán el funcionamiento

<sup>94</sup> Ver sentencia C-1234 del 2005, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>95</sup> Puede consultarse la sentencia SU-342 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>96</sup> Sentencia C-161-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

<sup>97</sup> Sentencia C-161-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

de sistemas de relaciones de trabajo en los que “*la negociación colectiva tengan lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva*”, esta Corte ha precisado que el concepto de “negociación colectiva”, aquí tiene una enumeración más variada y amplia que el de convención colectiva o el de pacto colectivo. Explicó la Corte este punto así:

*“14. El artículo 6º permite la existencia de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva puede concretarse en la conciliación o el arbitraje, siempre y cuando sea una participación voluntaria de las partes. En efecto, como se afirmó en precedencia, la negociación colectiva tiene un contenido claro en la convención y en el pacto colectivo, pero el Convenio 154 consagra una enumeración más variada y amplia del contenido de la negociación, como quiera que autoriza otros instrumentos de resultado de la negociación. Así pues, estas disposiciones también se ajustan plenamente al artículo 116 y, en especial, al artículo 53 de la Constitución, como quiera que es un principio mínimo del trabajo la facultad “para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”<sup>98</sup>. (resalta esta Corte)*

En cuanto al artículo 7º del instrumento internacional que dispone que las medidas de fomento deberán ser objeto de consultas previas entre las autoridades públicas, los empleadores y los trabajadores, encontró la Corte estas consultas “*son, por un lado, expresión del derecho de las personas a participar en las decisiones que las afectan (artículo 2 de la C.P.) y por el otro, la expresión del reconocimiento a los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, de conformidad con el artículo 9 de la Constitución y los artículos 38 y 39 de la Carta en lo que respecta al derecho de asociación*”<sup>99</sup><sup>100</sup>.

Finalmente, baste recordar que esta Corte ha resaltado la importancia que reviste la negociación colectiva para el logro de la paz y la estabilidad laboral dentro de un Estado social y democrático de derecho.

A este respecto ha dicho la Corte:

*“Recuérdese que la negociación colectiva es un elemento que contribuye a mantener la paz social, favorece la estabilidad de las relaciones laborales que pueden verse perturbadas por discusiones no resueltas en el campo laboral, que por este medio, los empleadores (...) y los empleados pueden acordar los ajustes que exigen la modernización y la adopción de nuevas tecnologías, redundando no sólo en mutuo beneficio, sino en el de los habitantes del país, al mejorar la prestación de la función pública que tienen a su cargo los empleados del Estado.”*

<sup>98</sup> Sentencia C-161-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

<sup>99</sup> Sentencia C-376 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>100</sup> Sentencia C-161-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

De conformidad con lo anterior, es claro para este magistrado que el Convenio 154 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad, esto es, sirve como referente necesario para la interpretación de los derechos de los trabajadores, en aras de darle plena efectividad a la libertad sindical, al principio fundamental de protección a los trabajadores y al derecho al trabajo. Lo anterior, no sólo se demuestra por la naturaleza misma de este tratado sobre el fomento de la negociación colectiva como expresión tanto de la libertad sindical como del derecho fundamental de asociación sindical, sino en la utilización que esta misma Corporación ha hecho del Convenio en cuestión en reiteradas decisiones como patrón normativo para el restablecimiento de los derechos de los trabajadores y del orden constitucional.<sup>101</sup>

3.14.2 De otra parte, es necesario también poner de presente la falta de igualdad de hombres y mujeres en este Tratado. Igualmente considero necesario hacer referencia a la Declaración de Principios y Derechos en el Trabajo de 1998 que obliga a todos los Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, así no haya ratificado por alguno de ellos. En mi criterio, en el presente Acuerdo debe quedar a salvo la libertad sindical y el Convenio 100 por las consecuencias que pueden traer para los trabajadores colombianos.

Por consiguiente, considero que en este Acuerdo se debió proteger la libertad sindical derecho fundamental consagrado tanto en la Constitución Nacional como en los Convenios mencionados de la OIT, así como garantizar la Declaración de Principios y Derechos en el Trabajo de 1998 y el Convenio 100 de la OIT. en razón a todas las consecuencias que este Tratado puede traer para los derechos de los trabajadores.

### 3.15 *Capítulo 18. Medio ambiente*

Los temas regulados en este capítulo son los concernientes a los objetivos, niveles de protección, acuerdos ambientales, reglas de procedimiento, medidas para el desempeño ambiental, sobre el Consejo de Asuntos Ambientales, participación de la comunidad, solicitudes de cumplimiento, cooperación ambiental, diversidad biológica, consultas ambientales y procedimiento del panel, definiciones y acuerdos cubiertos.

Sobre este tema de la protección constitucional del medio ambiente este magistrado observa que el Tratado en materia ambiental establece una regla

---

<sup>101</sup> Ver por ejemplo las sentencias C-1234 de 2005 y SU-1185 de 2001.



general y es la de que cada Estado pueda hacer lo que considere conveniente sin que se prevea ninguna medida de protección ambiental. Así mismo este magistrado observa que todo el mundo sostiene de manera teórica la defensa del ambiente pero en la práctica no se hace nada en concreto para protegerlo.

Así las cosas, existen disposiciones sumamente problemáticas en este Acuerdo como la del artículo 18.2., el cual permite que pueda haber un deterioro ambiental que “no sea irrazonable” sin que se determine qué es razonable.

De otra parte, es de resaltar que en punto al tema del medio ambiente es en el único asunto en el cual existe un consenso generalizado en el ámbito académico y político en cuanto a que debe existir intervención por parte del Estado, incluso por parte de los exponentes del liberalismo tradicional y los ultraliberales contemporáneos, quienes extrapolan conceptos políticos al campo económico, estableciendo la existencia de unas presuntas leyes naturales de carácter económico según las cuales el Estado no debe intervenir, salvo en las externalidades entre ellas en materia de medio ambiente.

De otra parte, el suscrito magistrado advierte que de acuerdo con las estipulaciones de este tratado, que emplea un lenguaje ambiguo, se acepta el envío de todo tipo de desechos y la afectación de la biodiversidad biológica, lo cual considero es claramente inconstitucional.

Así la Constitución Nacional tiene una concepción medio ambientalista y ecologista al punto de ser considerada una “constitución ecológica”, ordenamiento constitucional que debe vincular el presente Acuerdo, en cuanto a imponer una serie de obligaciones para garantizar la protección del medio ambiente y los recursos naturales e imponer por tales razones restricciones a la libertad económica (sentencia C-030/08).

En este sentido me permito reiterar la jurisprudencia de esta Corte en relación con el carácter ecológico de la Constitución Nacional.

### *3.15.1 La Constitución de 1991 como “constitución ecológica”*

En reiterada jurisprudencia esta Corte ha sostenido el carácter ecológico de la Constitución de 1991, en la cual se otorga una gran importancia a los llamados derechos de tercera generación, como son la protección de los derechos sociales, económicos, culturales y del medio ambiente, a tal punto que esta Carta Política ha sido calificada, como “constitución ecológica”, al consagrar numerosas y variadas disposiciones relacionadas con la conservación, preservación y saneamiento del medio ambiente.

En este sentido, la protección del medio ambiente juega un papel fundamental en el nuevo ordenamiento constitucional, en el cual se consagran

diferentes deberes y derechos –artículos 8, 49, 58, 79, 80, 88, 95, 317, 334, 336- que hacen relación a la protección, conservación y restauración del medio ambiente, garantizando así el derecho a un medio ambiente sano y la preservación de los recursos naturales. Sobre el particular esta Corte ha expresado:

*“18- La Corte coincide con los demandantes en que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79). Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares<sup>102</sup>. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, “unos deberes calificados de protección”<sup>103</sup>. Igualmente, y conforme a lo señalado por los actores, la Corte también ha precisado que la Carta constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible.”<sup>104</sup>*

Así mismo, esta Corporación ha resaltado que el carácter ecológico de la Constitución de 1991 se demuestra por las numerosas disposiciones que consagran diferentes deberes y derechos, en los que se hace relación a la protección, conservación y restauración del medio ambiente, garantizando así el derecho a un medio ambiente sano y la preservación de los recursos naturales. En este sentido ha dicho la Corte:

*“La Constitución Política asigna un lugar destacado a la protección del medio ambiente, en un conjunto de disposiciones que integran la llamada “Constitución Ecológica”.*

*En efecto, ella establece que: es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (Art. 8°);*

<sup>102</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-411 de 1992, C-058 de 1994, C-519 de 1994, C-495 de 1996 y C-535 de 1996.

<sup>103</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-328 de 1995 y C-535 de 1996.

<sup>104</sup> Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 49); la propiedad privada tiene una función ecológica (Art. 58); todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (Art. 79); el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados y cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (Art. 80); la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el ambiente (Art. 88); es deber de la persona y del ciudadano proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano (Art. 95); la ley destinará un porcentaje de los tributos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción (Art. 317); el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo con el fin de conseguir la preservación de un ambiente sano (Art. 334), y será objetivo fundamental de la actividad del Estado la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Art. 366).”<sup>105</sup>*

En especial los artículos 79 y 80 consagran (i) el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano, y la garantía de participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente; (ii) el deber de protección de la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, así como la obligación de fomentar la educación para estos fines; (iii) la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; (iv) la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, la imposición de las sanciones legales y exigencia de reparación de los daños causados; (v) el deber de cooperación con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

De otra parte, esta Corporación ha afirmado que la protección del derecho a un ambiente sano, en conexidad con el derecho a la vida y a la salud, es una de las prioridades de la Constitución Nacional de 1991 cuya consecuencia

---

<sup>105</sup> Sentencia C-1063 del 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

fundamental es la conservación del planeta y por ende de la especie humana, para lo cual la Constitución ha previsto una serie de derechos, así como de obligaciones, deberes y acciones públicas tanto en cabeza del Estado como de los ciudadanos, en cuanto la preservación de un medio ambiente sano tiene que concebirse como una tarea inaplazable con implicaciones éticas, económicas y jurídicas, que sólo es posible a partir de una labor conjunta entre las autoridades públicas y los particulares en su rol de ciudadanos responsables. A este respecto ha sostenido la Corte:

*“2. Derecho a un medio ambiente sano: Construcción conjunta del Estado y de los ciudadanos.*

*En la Constitución de 1991 la defensa de los recursos naturales y medio ambiente sano es uno de sus principales objetivos (artículos 8º, 79 y 80 de la Constitución), como quiera que el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.*

*Desde esta perspectiva la Corte ha reconocido el carácter ecológico de la Carta de 1991, el talante fundamental del derecho al medio ambiente sano y su conexidad con el derecho fundamental a la vida (artículo 11)<sup>106</sup>, que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional.*

*Nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales (artículos 67 inciso 2, 79, 88, 95 numeral 8).*

<sup>106</sup> Cfr. Sentencias T-092 de 1993 M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y C-671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Acerca de los deberes del Estado, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado:

*“Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.”<sup>107</sup>*

*En síntesis, la Constitución de 1991 impone para el Estado la necesidad de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano y promover la participación de los habitantes a través del establecimiento de deberes (artículo 95-8), acciones públicas (artículo 88) y un cierto número de garantías individuales (artículos 11, 49 incisos 1 y 2, 67 inciso 2 y 330 numeral 5).”<sup>108</sup>*

Así también, la Corte no sólo ha reiterado los principios y reglas de estatuto constitucional que abordan la protección del medio ambiente, esto es, los derechos, deberes y obligaciones de expreso mandato constitucional a este respecto, señalando que corresponde al Legislador, dentro de los límites que imponen los mandatos superiores, la configuración de cada una de las herramientas e instrumentos de gestión ambiental, así como el señalamiento de las autoridades competentes que deban encargarse del cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado en materia ambiental, para lo cual es de capital importancia la *planificación y fijación de políticas estatales*; sino que también ha puesto de relieve la importancia de los instrumentos internacionales en esta materia, tales como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, las cuales se refieren a los principios e instrumentos de gestión ambiental, con los cuales debe armonizar la legislación nacional en la materia.<sup>109</sup>

En conclusión, la Carta Política en materia ambiental consagra i) herramientas y principios cuyo objetivo fundamental es propender por la conservación y protección del medio ambiente; ii) afirma que le corresponde

---

<sup>107</sup> Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>108</sup> Sentencia C-339 del 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

<sup>109</sup> Sentencia C-245 del 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

al legislador, con base en su libertad de configuración, la determinación de las herramientas e instrumentos de gestión ambiental, así como la tarea de determinar las autoridades competentes encargadas de aplicar dichas herramientas y principios; y iii) reafirma los compromisos estatales de planificar, ejecutar políticas en materia ambiental, y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, pueden ser asignados a las autoridades ambientales determinadas por el legislador y según la distribución de competencias que entre ellas disponga la ley.

Estos principios y derechos en materia medio ambiental y ecológica, han sido reiterados en numerosa jurisprudencia de esta Corte, relativa al carácter ecológico de la Constitución y el derecho a un medio ambiente sano, sobre el bien de uso público relativo a aguas, sobre la ecologización de la propiedad, y sobre la organización y estructuración de la protección del medio ambiente y la concurrencia de competencia entre la Nación, las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades territoriales.<sup>110</sup>

(...)

## V. Conclusiones

De conformidad con todo lo expuesto, el suscrito magistrado se permite a continuación sintetizar las razones por las cuales salva su voto frente a esta sentencia:

(i) En primer lugar, debo reiterar que como ciudadano soy amigo de los intercambios económicos con todos los pueblos del mundo. Como juez, sin embargo y a pesar de ese deseo de intercambio en todos los aspectos, no puedo analizarlo el presente Acuerdo de Promoción Comercial sino como lo manda la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 9º señala como fundamento de las relaciones exteriores del Estado, la soberanía nacional; que en el Preámbulo establece como norte la integración latinoamericana y en el artículo 2º Superior, establece el deber del Estado de defender la independencia nacional, incluida la económica; así mismo, la internacionalización de

---

<sup>110</sup> Sobre el carácter ecológico de la Constitución y el derecho a un medio ambiente sano, ver Sentencia C-339 del 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería; sobre la función ecológica de la propiedad consultar la Sentencia C-189 del 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; sobre el bien de uso público relativo a aguas, ver Sentencia T-294 del 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; sobre la ecologización de la propiedad ver Sentencia C-1172 del 2004, M.P.: Clara Inés Vargas; sobre la organización y estructuración de la protección del medio ambiente en la Constitución, y la concurrencia de competencias entre la Nación, las Corporaciones Autónomas Regionales, y las entidades territoriales, consultar la Sentencia C-894 del 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; entre otras.

las relaciones políticas, económicas y sociales conforme a los principios de equidad, igualdad, reciprocidad, conveniencia nacional y soberanía nacional consagrados en los artículos 226, 227 y 150, numeral 16 de la Carta Política.

(ii) En segundo lugar, debo expresar nuevamente mi admiración por las virtudes del pueblo estadounidense, por sus trabajadores que han sido solidarios con los trabajadores colombianos, incluida la solidaridad para que se investiguen los crímenes contra los sindicalistas. De esta manera este magistrado está seguro de que si este tratado se hubiera celebrado por el pueblo estadounidense hubiera sido como la Constitución Nacional lo señala: equitativo, igualitario, conveniente y soberano.

Igualmente, me permito reiterar que lamentó que la historia se repita en Colombia, pues fue precisamente un tratado con Estados Unidos el que hace ya cerca de cien años hizo que la Corte Suprema de Justicia de ese entonces renunciara a ejercer el control sobre los tratados internacionales cuando la Constitución le mandaba todo lo contrario. En este caso, es la Corte Constitucional la que vuelve a declararse incompetente contra lo que dispone la Carta Política, que en el artículo 241, numeral 10 establece que la Corte puede declarar constitucional o no un tratado y en caso contrario no será ratificado por el Gobierno. De tal manera, que la Constitución no le prohíbe a esta Corte que declare inconstitucional una norma que viole un artículo o una parte de la Carta Política.

A este respecto, el suscrito magistrado advierte que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta este momento ha declarado inconstitucionales varios tratados, independientemente de que sean bilaterales o multilaterales y ha ordenado reservas cuando ha sido necesario o declaraciones interpretativas en la parte resolutive en tratados bilaterales como el que celebró Colombia con el Reino Unido, ordenando que únicamente se pudiera ratificar en los que se ajustara a la Constitución Política. Por eso es que considero que no es cierto que en la parte resolutive de la sentencia en la que se revise un tratado bilateral no se pueda decir absolutamente nada sobre estos condicionamientos o declaraciones de exequibilidad condicionada.

(iv) Desde el punto de vista formal procesal, el suscrito magistrado considera que tanto el Acuerdo de Promoción Comercial como el Protocolo Modificadorio son inconstitucionales, desde el primer momento, cuando se remitió por el gobierno a la Corte Constitucional por fuera del término de seis días previsto en el numeral 10) del artículo 241 superior y no se aplicó responsabilidad alguna a las personas que no cumplieron con ese deber. Además, contrario a lo que ordena la Constitución, se aprobó primero en la Cámara de Representantes y luego en el Senado de la República.

(v) Desde el punto de vista material, a juicio del suscrito magistrado, en el estudio de este tratado, por ser de un tema económico, ha debido tomarse una decisión basada en un estudio y análisis económico objetivo y serio, cuantificado para ello los efectos reales de este Tratado para el país, lo cual, a pesar de que este magistrado lo solicitó en diversas oportunidades, no se realizó por parte de esta Corte ningún estudio de carácter económico y concreto ni se dio ninguna cifra a este respecto.

(vi) A juicio de este magistrado, tal y como lo expuse de manera específica respecto de los capítulos y temáticas que componen este Acuerdo de Promoción Comercial, considero que este tratado viola más de 100 artículos de la Constitución, entre otros, los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución, tal como lo explicó en los debates. También, parte del artículo 150 y los artículos 58, 65, 72, 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365.

En este orden de ideas, considero que con la aprobación de este Tratado se acabó la seguridad alimentaria de Colombia, se vulneró el derecho a la salud y al ambiente sano, el derecho de nuestros pueblos indígenas, se afectan los derechos de los trabajadores, los de las mujeres.

(vii) Finalmente me permito anotar que después de varios días de discusión de este Tratado en Sala Plena, desapareció de la parte resolutive hasta el exhorto que se hacía al Congreso, que como dijera uno de los magistrados de esta Corte, ahora esta Corporación no podrá ni “lavar la facha”, pues todo lo que quede en la parte motiva puede ser una *obiter dicta* o ya está resuelto por el propio Decreto 2067 de 1991, que en artículo 14 dispone que en caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de una sentencia, prima, la parte resolutive, de modo que no será aplicable ninguna interpretación que pueda entenderse en el sentido de que este Acuerdo viola la Constitución Nacional o los derechos de los colombianos.

(vii) En síntesis, se violaron más de 100 artículos de la Constitución Política y especialmente las normas sobre equidad, igualdad, reciprocidad, conveniencia nacional y soberanía nacional.

Por todas las razones expuestas anteriormente relativas tanto a razones de forma como de fondo, el suscrito magistrado considera que este tratado internacional o Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, y su Ley aprobatoria, son inconstitucionales y han debido ser declarados inexecutable por esta Corte, por lo cual salvo mi voto frente a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*.

JAIIME ARAÚJO RENTERÍA  
Magistrado



Bajo la denominación de “implementación del TLC con Estados Unidos” el gobierno de Colombia, presentó al Congreso e hizo aprobar rápidamente un proyecto de Ley cuyo contenido, en realidad, se limita a consagrar nuevas protecciones y garantías para los derechos de propiedad intelectual. Esto seguramente fue definitivo para la declaración de entrada en vigencia del Tratado; sin embargo no es la primera modificación legislativa exigida ni será la última. Nuevas reformas se verán en los próximos meses; la llamada implementación será, o debería ser, uno de los principales temas de debate público en el país. Están en juego el respeto y la protección de los derechos humanos, asunto que ya se había discutido ampliamente durante la negociación, aprobación y control de constitucionalidad de la Ley aprobatoria del Tratado. Es cierto que la Corte Constitucional la declaró exequible, pero su fallo no convenció. El ensayo que aquí se presenta hace una detallada crítica de los argumentos esgrimidos por la Corte, sobre la base de las demandas que, oportunamente, interpusieron numerosas organizaciones sociales y ciudadanas y que fueron desoídas. La autora se niega a aceptar que el tema haya quedado cerrado y el proceso de la implementación le da la razón. El debate continúa.



Financiado con el apoyo de

