REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVI - Nº 171 Bogotá, D. C., jueves 10 de mayo de 2007 EDICION DE 68 PAGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE
AL PROYECTO DE LEY NUMERO 178 DE 2006 SENADO, 200 DE 2007 CAMARA

por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus *"Cartas Adjuntas"* y sus *"Entendimientos",* suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Bogotá, D. C., mayo 8 de 2007

Doctora

DILIAN FRANCISCA TORO

Presidenta Senado de la República

Ciudad

Referencia: Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América"* sus *"Cartas Adjuntas"* y sus *"Entendimientos",* suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Respetada Presidenta:

En los términos de los artículos 174 y 175 de la Ley 5ª de 1992 y en cumplimiento del encargo de la Mesa Directiva de las Comisiones Segundas Conjuntas del Senado de la República y la Cámara de Representantes, nos permitimos rendir ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América"* sus *"Cartas Adjuntas"* y sus *"Entendimientos",* suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006", en los siguientes términos:

CONTENIDO

I. **OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY**

II. **ANTECEDENTES**

III. **MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PROYECTO DE LEY**

1. **Facultades del Presidente de la República**
2. **Facultades del Congreso de la República**
3. **Competencia Corte Constitucional**
4. **El Estado, la economía y la integración económica**
5. **Equidad, reciprocidad y conveniencia nacional**

IV. **CONVENIENCIA ECONOMICA DEL TRATADO**

1. **El modelo de desarrollo**
2. **El modelo de Estado y de desarrollo**
3. **Estamos preparados para las nuevas reglas de juego**
4. **Conveniencia del Tratado de Libre Comercio**
5. **Experiencias internacionales**
6. **Consideraciones generales sobre la salud en el TLC**

V. **LOGROS DEL TRATADO**

1. **Beneficios generales**
2. **Beneficios por sectores**
3. **Micro, pequeñas y medianas empresas**
4. **Productos agropecuarios**
5. **Otros logros en la negociación**

VI. **TEMAS PLANTEADOS EN LA AUDIENCIA PUBLICA**

1. **Impacto del TLC en la economía colombiana**
2. **Impacto fiscal**
3. **Compatibilidad del TLC con la Constitución y la ley**
4. **Soberanía nacional**
5. **El TLC y la Comunidad Andina de Naciones**
6. **Participación ciudadana en el TLC**
7. **TLC y los derechos de las minorías y de los grupos étnicos**
8. **Pequeñas y medianas empresas**
9. **Agricultura**
10. **Propiedad intelectual**
11. **Protección a la biodiversidad**
12. **Acceso a mercados**
13. **Bienes usados y remanufacturados**
14. **Asuntos aduaneros**
15. **Servicios financieros**
16. **Contratación pública**
17. **Inversión**
18. **Servicios transfronterizos**
19. **La cultura en el TLC**
20. **Educación y TLC**
21. **Servicios profesionales**
22. **Solución de controversias**
23. **Telecomunicaciones y comercio electrónico**
24. **Asuntos laborales**
25. **Otros temas**

VII. **AGENDA INTERNA Y PLAN DE DESARROLLO**

VIII. **PROPUESTAS CONSIDERADAS POR LAS COMISIONES Y RAZONES PARA SU RECHAZO (artículo 175, Ley 5ª de 1992)**

I. OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY

El Gobierno Nacional, a través del proyecto de Ley 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, pone a consideración del Congreso de la República el Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos.

II. ANTECEDENTES

Mediante la Ley 812 de 2003 fue aprobado por el legislativo el Plan Nacional de Desarrollo *2003-2006, hacia un Estado Comunitario*, en dicho Plan el ejecutivo fijó los derroteros a mediano plazo en relación con la política de relaciones exteriores y cooperación internacional para ese período, la cual quedó establecida en los literales A y B del artículo 8° en los siguientes términos:

"A. (..) 7. Política de relaciones exteriores y cooperación internacional.

El Gobierno Nacional trabajará en una inserción positiva de Colombia en el entorno internacional. En este sentido, la política exterior se armonizará con las prioridades de la política doméstica procurando su adecuada comprensión por parte de la comunidad internacional. La promoción internacional y el incremento de las exportaciones será el principal objetivo de la política exterior colombiana (...).

En las relaciones bilaterales se fortalecerá el diálogo político a todos los niveles y se promoverán los intereses económicos y comerciales, buscando incentivar la inversión y atraer cooperación hacia los programas prioritarios del Gobierno Nacional y entidades territoriales. En particular, con los países de América Latina y el Caribe se fortalecerá el desarrollo integral de las zonas de frontera y se impulsará el fortalecimiento y consolidación de la Comunidad Andina. ***Con Estados Unidos se avanzará*** *en el aprovechamiento del ATPDEA; el proceso de negociación de Colombia para el ALCA dentro de un marco pluralista y participativo que integre las necesidades regionales con los intereses nacionales;* ***la negociación bilateral de libre comercio****; y el impulso al Estatus de Protección Temporal, TPS, a la comunidad colombiana. Y con Europa se trabajará por un Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Andina y la Unión Europea, que incorpore las preferencias del Sistema Generalizado de Preferencias Andino, y el desmonte de las barreras comerciales para nuestras exportaciones.*

(...).

B. (...) 7. Política comercial

Se continuará con la ejecución del Plan Estratégico Exportador 1999-2009 como estrategia de inserción internacional de largo plazo involucrando al sector privado, público y la academia. Se incluirá dentro del Plan Estratégico Exportador nuevas estrategias para la diversificación de los mercados destino de las exportaciones colombianas.

Se buscará que el Acuerdo de Libre Comercio para las Américas, ALCA, sea equilibrado, elimine barreras innecesarias al comercio internacional de bienes y servicios, permita una apertura en los mercados de contratación pública, y cuente con una mayor disciplina en las ayudas internas para los productos agrícolas, para lo cual se implementarán espacios e instancias de participación ciudadana, que permitan conocer las necesidades de los diferentes sectores sociales afectados e involucrados, en el territorio nacional.

Se buscará que las negociaciones que se llevan a cabo en el seno de la Organización Mundial del Comercio, OMC, estén orientadas a lograr una reforma al comercio mundial de productos agrícolas y la eliminación del escalonamiento y picos arancelarios, entre otros.

Se harán esfuerzos dirigidos a consolidar un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos y otras naciones*. En este sentido, se adelantará la negociación para la conformación de una zona de libre comercio entre la Comunidad Andina y los países del Mercado Común del Sur, Mercosur, o una negociación con algunos países de estos dos bloques donde exista consenso. Colombia profundizará los acuerdos con Centroamérica y el Caribe, Asia, Pacífico, Medio Oriente y la Unión Europea a fin de asegurar una mayor presencia en esas regiones.*

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participará activamente en la difusión y capacitación sobre los nuevos beneficios arancelarios y en la identificación de productos y compradores potenciales derivados de la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPA).

Se continuarán los procesos de promoción de exportaciones agrícolas, brindando una protección razonable a la producción agropecuaria y fortaleciendo la inteligencia de mercados, dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio.

Con el fin de facilitar y promover un lenguaje común internacional en el marco de las disposiciones aduaneras, las modificaciones que introduzca el Gobierno Nacional al Régimen de Aduanas, se efectuarán con sujeción a las recomendaciones, prácticas y directrices sugeridas o establecidas en el Convenio Internacional de Kyoto para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros.

El Ministerio de Comercio Industria y Turismo con apoyo del DNP supervisará y evaluará la gestión de los Carces en el nivel nacional. El Ministerio desarrollará los mecanismos de evaluación y posterior reorientación" (resaltado, fuera del texto).

A partir de lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo *2003-2006,* el Gobierno Nacional como rector de las relaciones internacionales y en ejercicio de las funciones que le fija el artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política y para dar cumplimiento a la estrategia consagrada en el Plan de Desarrollo, dispuso los acercamientos necesarios para iniciar las conversaciones encaminadas a las negociaciones comerciales con Estados Unidos.

Posteriormente en noviembre de 2003 –luego de haber fracasado la iniciativa del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, ALCA– el representante comercial de los Estados Unidos, Robert Zoellick, anunció de manera oficial la intención de su gobierno de suscribir un tratado de libre comercio con Colombia.

La negociación del TLC se llevó a cabo en catorce rondas de negociación, en las cuales participaron Ecuador, Colombia, Perú, Estados Unidos y Bolivia, este último país en calidad de observador. La primera de dichas rondas tuvo lugar en el mes de mayo de 2004 en la ciudad de Cartagena, y la última en el mes de febrero de 2006 en la ciudad de Washington, D. C.

Luego de que la etapa de negociación terminara en febrero del año pasado, fue necesario esperar hasta que el Ejecutivo de Estados Unidos notificara a su Congreso sobre su intención de suscribir el tratado, posteriormente el texto del tratado fue sometido a la etapa de revisión legal para claridad, coherencia y consistencia de las obligaciones contenidas en el mismo. Concluida la revisión legal del texto, el acuerdo fue firmado por ambos gobiernos el día 22 de noviembre de 2006.

El Gobierno Nacional a través de los Ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Desarrollo Rural, Protección Social, Comercio Industria y Turismo, Ambiente y Desarrollo Territorial, Comunicaciones y Cultura, radicó el día 30 de noviembre de 2006 en la Secretaría del Senado de la República el proyecto de ley objeto de la presente ponencia.

Por último, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 138 y 200 numeral 2 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 154 de 1994, expidió el Decreto 267 del 31 de enero de 2007, mediante el cual convocó al Congreso a sesiones extras con el fin de dar continuidad al proceso legislativo y debatir proyectos considerados por el Ejecutivo como prioritarios y de importancia para el país, entre los cuales fue incluido el Proyecto de ley número 178 de 2006, objeto de la presente ponencia.

El 18 de abril de 2007, tras 19 sesiones de análisis y discusión, el proyecto de ley aprobatoria del TLC fue aprobado en primer debate en las Comisiones Segundas de Senado y Cámara de manera conjunta. En las mencionadas sesiones se analizaron y discutieron todos y cada uno de los capítulos del tratado recogiendo además las inquietudes de los ciudadanos expresadas durante una audiencia pública de dos días, las cuales se resumen en el Capítulo VI de esta ponencia.

Para este debate se presentaron siete ponencias diferentes las cuales fueron expuestas por sus respectivos autores antes de someterlas a votación. Algunas de ellas proponían la no aprobación del tratado y otras formulaban declaraciones interpretativas al texto del acuerdo. En el Capítulo VIII de esta ponencia se hace un breve análisis de las razones por las cuales las proposiciones finales de dichas ponencias no fueron acogidas.

III. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

1. Facultades del Presidente de la República.

Conforme al artículo 189 numeral 2, corresponden al Presidente de la República la dirección de las relaciones internacionales del Estado colombiano y la celebración con otros Estados y entidades de derecho internacional, de tratados o convenios internacionales, los cuales deben someterse a aprobación del Congreso de la República.

Sobre las facultades del Presidente de la República en materia de tratados internacionales, se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"Es el Presidente de la República, como Jefe del Estado, quien tiene a cargo la conducción de la política internacional y el manejo de las relaciones exteriores, por lo cual, de conformidad con el artículo 189, numeral 2, de la Constitución, es de su competencia la función de celebrar con otros estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios que se someterán a la posterior aprobación del Congreso y a la revisión de constitucionalidad por parte de esta Corte antes de su perfeccionamiento. ***La atribución constitucional es exclusiva del Presidente y también lo son las responsabilidades que contrae internamente por los derroteros que trace en cuanto a las relaciones de Colombia en el plano externo, así como por los compromisos que en virtud de esa política contraiga. De allí resulta que el Presidente de la República deba gozar de plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público"*** (Sentencia C-344 de 1995) (resaltado, fuera del texto).

2. **Facultades del Congreso de la República.**

El artículo 150 numerales 16 y 19 literal b), atribuye al Congreso de la República la aprobación o improbación de los tratados internacionales que celebre el Gobierno Nacional, así como la expedición de las normas generales con base en las cuales el Gobierno Nacional debe regular el comercio exterior.

En este orden de ideas, firmado el TLC el pasado 22 de noviembre de 2006, corresponde ahora al Congreso de la República estudiar si el texto acordado del TLC se encuentra acorde con los intereses nacionales, de conformidad con los preceptos que la Carta Magna establece sobre esta materia.

Sobre el particular, resulta indispensable precisar la competencia del Congreso en relación con dicho trámite, en particular sobre las decisiones que puede o no adoptar y la posibilidad o no de que imponga reservas o declaraciones interpretativas, que luego el ejecutivo deba expresar a la contraparte internacional al momento de perfeccionar el compromiso.

Del artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política y artículo 217 de Ley 5ª de 1992 se desprende que el Congreso de la República tiene cuatro potestades, a saber: aprobar, improbar, formular reservas o aplazar la entrada en vigor, respecto de los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo.

Resulta en consecuencia pertinente, analizar las facultades que tiene el Congreso, para determinar cuál es el alcance de sus competencias frente a la aprobación del TLC.

Establece el artículo 150 numeral 19 de la Constitución que es facultad del Congreso:

"aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional."...

Cuando el Congreso de la República aprueba o imprueba un tratado internacional, lo que hace realmente es una evaluación política del acuerdo en el que considera la conveniencia y oportunidad de los compromisos adquiridos. Dada la naturaleza del Congreso, este es el verdadero propósito que cumple en el complejo proceso de la adopción de un tratado internacional.

La aprobación del Congreso tiene además el valor de incorporar en el derecho interno las normas internacionales, de convertirlas a través de ese acto formal legal en fuentes de derecho interno, que se imponen a los ciudadanos de ese Estado en sus relaciones particulares y, a su turno, generadoras de derechos subjetivos exigibles por parte de los ciudadanos a los Estados.

Formulación de reservas y declaraciones interpretativas.

A. *Noción de las figuras:*

Reservas: *"Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"* (literal d) párrafo 2° Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada en Colombia mediante Ley 32 de 1985).

Declaraciones interpretativas: La figura *"declaración interpretativa"* no existe en la Constitución ni en la Ley 5ª de 1992 ni en la Convención de Viena. Su origen y desarrollo es jurisprudenciales y doctrinarios.

"Se entiende por 'declaración interpretativa' una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones". (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Informe 51 sesión, p.195 a 210. Directriz 1.2. "Definición de las declaraciones interpretativas");

B. *Naturaleza jurídica similar de las dos figuras:*

La Corte Constitucional ha asimilado la naturaleza jurídica de las reservas y las declaraciones interpretativas. Ha dicho la Corte en Sentencia C-176/94[1]:

"La Corte Constitucional (..) sin lugar a dudas considera que para el Derecho Constitucional Colombiano y ***para determinar las facultades del Congreso al aprobar los tratados es más adecuada la tesis que confiere una naturaleza jurídica similar a las reservas y a las declaraciones, por las siguientes dos razones.***

De un lado, porque la Convención de Viena de los tratados 1969, aprobada por Colombia por la Ley 32 de 1985 define una reserva como 'una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado' (artículo 2° literal d), subrayado de la Corte). Ahora bien, es obvio ***que una declaración, en la medida en que precisa cual es el sentido de una disposición según el Estado colombiano, tiene como objeto señalar que Colombia no se obliga a respetar esas cláusulas si se les atribuye otro sentido; por eso la declaración potencialmente modifica los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, por lo cual es asimilable a una reserva,*** *conforme a la definición de la Convención de Viena. La diferencia es entonces de grado: en la reserva propiamente dicha o de exclusión de cláusulas, Colombia explícitamente señala que ciertas disposiciones no le son aplicables; en la declaración o reserva interpretativa, Colombia indica que se obliga a respetar el tratado o ciertos artículos sólo si son interpretados de determinada manera, que es la que Colombia considera correcta. Pero la Corte considera* ***que desde el punto de vista del derecho constitucional colombiano ambas caben dentro de la denominación genérica de reservas prevista por el ordinal 10 del artículo 241 de la Constitución y por el artículo 217 del reglamento del Congreso, puesto que son declaraciones que condicionan la aceptación del tratado por nuestro país y delimitan así el compromiso del Estado colombiano.***

De otro lado, las reservas y las declaraciones también deben ser consideradas fenómenos jurídicos de la misma naturaleza en el derecho constitucional colombiano por cuanto el ordinal 10 del artículo 241 de la Constitución señala que 'cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva'. Ha sido práctica corriente de esta Corporación efectuar constitucionalidades condicionadas, en virtud de las cuales una disposición es exequible sólo si es interpretada de cierta manera. Es obvio entonces que en caso de que la Corte Constitucional declare la constitucionalidad de una o más disposiciones de un Tratado pero condicionada a una cierta interpretación, se aplica el artículo mencionado; en efecto, esta constitucionalidad condicionada equivale a la inconstitucionalidad de otras interpretaciones, por lo cual el Presidente sólo podrá efectuar la ratificación efectuando la correspondiente reserva, que podrá ser una declaración o reserva interpretativa. ***Las declaraciones y reservas son entonces, en el derecho constitucional colombiano, fenómenos de similar naturaleza****"* (resaltado, fuera del texto).

En este orden de ideas, para el derecho constitucional colombiano, tanto la reserva como la declaración interpretativa eliminan el efecto jurídico de una disposición, la diferencia es que mientras la reserva lo hace en forma explícita, la declaración interpretativa condiciona el efecto jurídico a una interpretación determinada. En últimas, las dos son un condicionamiento al consentimiento internacional y por consiguiente, las dos son equivalentes;

C. **Prohibición de que el Congreso formule reservas y declaraciones interpretativas al TLC con los EE.UU.**

Artículo 217 Ley 5ª de 1992:

"Las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita".

Artículo 19 Convención de Viena de 1969:

"Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse al mismo, a menos:

---

1 Declaró la constitucionalidad de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena 1988) y de la Ley 67 de 1993.

a) Que la reserva esté prohibida por el Tratado;

b) Que el Tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o

c) Que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del Tratado".

Conforme a estas normas y a la citada Sentencia C-176/94 que asemeja las reservas y las declaraciones interpretativas, el Congreso sólo puede introducir reservas y declaraciones interpretativas en los proyectos de ley aprobatorios de tratados que prevean esa posibilidad o en su defecto, en proyectos de ley aprobatorios de tratados frente a los cuales la reserva o declaración, resulte compatible con el objeto, fin y contenido del correspondiente tratado.

El TLC no admite reservas ni declaraciones interpretativas porque esta posibilidad no está prevista expresamente en el tratado y su contenido y naturaleza bilateral no admiten estas manifestaciones.

El TLC es un tratado comercial bilateral, negociado bajo el principio del "*compromiso único*", según el cual *"nada está acordado hasta que todo esté acordado"*. Este principio implica que el Acuerdo es una unidad y sólo fue aceptado por los dos Estados negociadores cuando se logró un equilibrio entre los compromisos adquiridos por cada una de las Partes. Así, la voluntad de vincularse de cada Parte, depende de la totalidad del Acuerdo. Si después de la negociación, una de las Partes decide aprobar parcialmente el Acuerdo, eximiéndose de una o varias obligaciones, el Acuerdo perdería el equilibrio logrado.

Adicionalmente, al ser un tratado bilateral, una reserva o declaración interpretativa conllevaría a la reapertura de la negociación, cosa que depende exclusivamente del Presidente de la República y no del Congreso, por lo cual debe concluirse que las mencionadas figuras no son admisibles en esta clase de tratados.

De otra parte, las reservas y declaraciones interpretativas no pueden incorporarse a la ley aprobatoria del TLC, dado que el condicionar la aplicación de una cláusula del Acuerdo a cierta interpretación, sería incompatible con el tratado y al ser el tratado norma supralegal, la ley aprobatoria no podría tener contenidos que contradigan el tratado.

Adicionalmente debe señalarse, que la competencia del Congreso y de la Corte en materia de reservas y declaraciones interpretativas es diferente. La competencia del Congreso no puede basarse en la facultad que tiene la Corte de declarar la inexequibilidad parcial de un tratado o una exequibilidad condicionada, y de esta manera ordenar al Gobierno a hacer las reservas o declaraciones interpretativas de constitucionalidad pertinentes.

No puede tampoco concluirse que el Congreso tiene la facultad de hacer reservas de índole constitucional con base en el artículo 4° de la Constitución, que consagra el derecho de interponer excepciones de inconstitucionalidad, pues en el caso del TLC no se está en presencia de una ley aprobada, sino de un proyecto de ley en trámite que no se puede cotejar con la Constitución.

Por todas las razones descritas se concluye, que el Congreso de la República no está facultado para hacer reservas o declaraciones interpretativas a los tratados bilaterales de comercio.

Adicionalmente, el Congreso, conforme a la Ley 5ª de 1992, está facultado para dejar durante el trámite aprobatorio del tratado, las constancias que estime pertinentes, las cuales harán parte del expediente que se envía a la Corte Constitucional para su revisión.

De acuerdo con la Convención de Viena, estas constancias y consideraciones servirían como medios complementarios de interpretación del TLC en caso de una futura controversia internacional.

Conforme al artículo 32 de la Convención de Viena, ejemplos de medios complementarios de interpretación de los tratados, son *"los trabajos preparatorios del tratado"* y *"las circunstancias de su celebración"*. El artículo 32 sin embargo no define exhaustivamente los medios de interpretación complementarios a los que puede recurrir un intérprete, por consiguiente, el intérprete tiene flexibilidad para considerar otros medios complementarios. Más aún, según la doctrina, la práctica seguida por un estado con posterioridad a la ratificación de un tratado, puede constituir un medio de interpretación complementario en el marco del artículo 32[2].

Cabe anotar además, que las *circunstancias de celebración del tratado*, comprenden tanto los actos multilaterales, como unilaterales de las partes negociadoras, en el momento de celebración del tratado, pero también con posterioridad a la firma o ratificación, siempre y cuando tengan relación con la celebración del tratado[3].

Es importante recalcar, que las reglas de interpretación de la Convención de Viena son constantemente aplicadas para interpretar disposiciones de acuerdos de libre comercio[4]. En efecto, en el marco de la OMC, el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD"), requiere que los Paneles y el Organo de Apelación interpreten las disposiciones de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional[5]. De acuerdo con el primer informe del Organo de Apelación, las reglas de interpretación de la Convención de Viena, han adquirido status de norma consuetudinaria de derecho internacional, y por lo tanto, de conformidad con el artículo 3.2 del ESD, deben ser aplicadas en la interpretación de los acuerdos de la OMC[6];

D. *Reservas y declaraciones interpretativas de origen jurisdiccional.*

Como se estableció anteriormente, las facultades del Congreso y la Corte en materia de reservas y declaraciones interpretativas son muy diferentes.

En el examen de constitucionalidad de un tratado, la Corte puede según sea el caso, declararlo exequible o inexequible –eventos ante los cuales el Gobierno podrá o no presentar el canje de notas–, o declarar que contiene inconstitucionalidades parciales o constitucionalidades condicionadas –eventos ante los cuales el Gobierno deberá manifestar una reserva o una declaración interpretativa, respectivamente, cuando se decida a perfeccionar el instrumento internacional.

No obstante, en la **Sentencia C-160/00,** al analizar la constitucionalidad de un tratado bilateral y su ley aprobatoria *(Tratado General de Cooperación entre la República de Colombia y la República Italiana y Ley 502 de 1999)*, la Corte manifestó que en esta clase de tratados no proceden reservas porque ellas conducirían a su renegociación, pero sí proceden las declaraciones interpretativas.

Dice así la sentencia:

"Una interpretación exegética del término 'confiscación', al encontrarse esta figura expresamente prohibida por el artículo 34 de la Constitución, llevaría necesariamente a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del Convenio, pues, ***lógicamente, los tratados bilaterales no admiten reservas.*** *En efecto, una reserva a un tratado bilateral constituiría un desacuerdo entre las dos partes que llevaría a que este se tuviera que negociar nuevamente. Sin embargo, aun cuando* ***este tipo de tratados, por su misma naturaleza, no admiten reservas****, es posible que las partes, al perfeccionarlo, emitan declaraciones interpretativas respecto de algunas de sus normas. Estas, en la medida en que sean admitidas por la otra parte, constituyen reglas generales de interpretación del instrumento internacional.".* (resaltado, fuera del texto).

Puede decirse que sin esta afirmación, la parte resolutiva de la citada sentencia no habría declarado una constitucionalidad condicionada, como en efecto lo hizo, sino una inexequibilidad total o parcial, que hubiera dado lugar esta última, inexorablemente a la formulación de una reserva por parte del Gobierno. La vinculación entre tal afirmación y la decisión final, permite calificar a aquella, como *ratio decidendi* de esta, y concluir que comporta una regla de derecho obligatoria en la decisión de cuestiones similares futuras.

En el mismo sentido opina el Magistrado de la Corte Constitucional, Marco Gerardo Monroy Cabra:

"En los tratados bilaterales no hay reservas, y si se hacen constituyen propuestas para que se reanuden las negociaciones entre los Estados acerca de las estipulaciones del tratado. Si llegan a un acuerdo, esto es, si aceptan o rechazan la reserva, se celebrará el tratado; de lo contrario, no se celebrará"[7].

En casos subsiguientes relacionados con tratados bilaterales, la Corte ha mantenido la misma posición jurisprudencial y no ha declarado inexequibilidades parciales de tratados, sino constitucionalidades condicionadas[8].

---

2 Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed. (Manchester University Press, 1984), p. 138.

3 Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed. (Manchester University Press, 1984), p. 141.

4 Varios Grupos Especiales en el marco del Nafta, han aplicado las reglas de interpretación de la Convención de Viena.

5 Palmeter, David y Mavroidis Petros C. *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*. 2nd Ed. (Cambridge University Press, 2004), p. 80.

6 Informe del Organo de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. WT/DS2/AB/R. Abril 29 de 1996, p.17.

7 MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. 5 Ed. Temis. Bogotá. 2002. p. 109.

8 Sentencia C-1158/00, Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Lituania. Exequibilidad condicionada del

Particularmente, en la Sentencia C-780/04 dijo la Corte:

"Es importante recordar que tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación ***en los tratados bilaterales****, como es el que ocupa la atención de la Corte,* ***por su misma naturaleza no proceden las reservas****, toda vez que ello 'constituiría un desacuerdo entre las dos partes que llevaría a que este se tuviera que negociar nuevamente'*[9]*. Sin embargo, se ha señalado que es posible que las partes, al perfeccionarlo, emitan declaraciones interpretativas respecto de algunas de sus normas, las cuales, en la medida en que sean admitidas por la otra parte, constituyen reglas generales de interpretación del instrumento internacional, conforme lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"* (resaltado, fuera del texto).

Adicionalmente, es importante anotar que la costumbre internacional igualmente indica la improcedencia de las reservas, cualquiera que sea su denominación, ante tratados comerciales. En efecto, ninguno de los países que hacen parte de la OMC, jamás en ninguna circunstancia, ha introducido una reserva a ningún tratado. Ninguno de los países miembros de la ALADI jamás introdujo excepciones a ese tratado, ni a los Acuerdos de Alcance Parcial celebrados bajo su amparo. Y ninguno de los países miembros de la CAN, en ningún caso, han introducido reservas.

En síntesis, se tiene entonces que:

• Si bien en el plano internacional puede existir diferencia entre las reservas y las declaraciones interpretativas, la Corte Constitucional al determinar las facultades del Congreso, equiparó la naturaleza de ambas figuras. Con ello, debe entenderse que las reservas a las que se refieren los artículos 217 de la Ley 5ª de 1992 y 241 numeral 10 de la Constitución, incluyen las declaraciones interpretativas.

• La Ley 5ª de 1992 y la Convención de Viena solo permiten al Congreso formular reservas y declaraciones interpretativas, en tratados que prevean esta posibilidad o cuyo contenido, objeto y fin así lo admita.

• El TLC no prevé la posibilidad de presentar reservas, ni declaraciones interpretativas y su naturaleza bilateral y comercial hace que estas figuras sean improcedentes pues la introducción de una declaración interpretativa o de una reserva por parte del Congreso, rompería el equilibrio del tratado negociado bajo el principio de compromiso único.

• El examen que hace la Corte Constitucional a los tratados internacionales, está libre de restricciones, a diferencia del control restringido que adelanta el Congreso, especialmente sobre tratados bilaterales de comercio.

• La Corte puede declarar un tratado exequible o inexequible total o parcialmente o exequible condicionadamente. En el primer evento el Gobierno puede hacer el canje de notas; en el segundo por el contrario no puede hacerlo; en el tercero debe manifestar una reserva, y en el último, una declaración interpretativa.

• Antes del año 2000, la Corte en tratados bilaterales declaró varias inexequibilidades parciales y exequibilidades condicionadas. A partir de la Sentencia C-160/00, con base en la afirmación general de la improcedencia de las reservas en tratados bilaterales, no ha declarado inexequiblidades parciales, que hubieran obligado al Gobierno a presentar reservas, y en su lugar ha declarado exequiblidades condicionadas, que han obligado al Presidente a formular declaraciones interpretativas.

3. Competencia de la Corte Constitucional

A la Corte Constitucional, en su condición de máxima guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, corresponde conforme al artículo 241 numeral 10 superior, decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para lo cual el Gobierno debe remitirle, dentro de los seis (6) días siguientes a la sanción de la ley, la correspondiente ley aprobatoria del tratado.

La importancia que revisten los tratados internacionales para el ordenamiento interno, hace que el control que adelanta la Corte goce de ciertas características a saber:

• Es previo al perfeccionamiento del tratado.

• Es posterior a la aprobación del Congreso.

• Es automático u oficioso.

• Cumple una función preventiva.

• Es integral, ya que examina aspectos formales y materiales.

• Es definitivo, ya que contra la ley aprobatoria no proceden acciones posteriores de constitucionalidad.

Estas funciones de Corte fueron claramente establecidas en la Sentencia C-120 de 2004, según la cual:

"De conformidad con lo establecido en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política, corresponde a la Corte el examen de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos. Según la Sentencia C-468 de 1997,[10] *las características de dicho control son las siguientes:*

"Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es ***previo al perfeccionamiento del tratado****, pero* ***posterior a la aprobación del Congreso*** *y a la sanción gubernamental; es* ***automático****, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe '****decidir definitivamente*** *sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban' (C. N., artículo 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional".*

Ese control de constitucionalidad tiene también una función preventiva[11]*, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano. De ahí que sea automático y general, puesto que se predica de todas las leyes aprobatorias de tratados adoptadas por el Congreso, sin necesidad de demanda ciudadana.*

En cuanto al control por ***vicios de procedimiento*** *que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, según lo prescrito en el artículo 241 numeral 10 Superior este se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado –esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes– ,así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente.*

En cuanto al ***examen de fondo****, este consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional".*

Como resultado de su examen de constitucionalidad, la Corte puede declarar constitucional la ley aprobatoria y del tratado, en cuyo caso el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; o declarar inexequible el tratado, caso en el cual, el Gobierno no podrá ratificar el instrumento. Establece el artículo 241 numeral 10 de la Constitución que si una o varias normas de un tratado multilateral fueren declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Adicionalmente, como se dijo anteriormente, la Corte puede declarar inexequibilidades parciales y exequibilidades condicionadas, ante lo cual el Gobierno habrá de manifestar la correspondiente reserva o declaración interpretativa.

---

artículo 9° del tratado, concerniente a exenciones tributarias de orden nacional y no territorial; Sentencia C-012/01, Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba. Precisión del alcance del término "gradualidad" contenido en el tratado; Sentencia C-619/04, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Exequibilidad condicionada del término "confiscación" contenido en el tratado; Sentencia C-241/05, Acuerdo de Coproducción Audiovisual entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de Canadá. Interpretación condicionada del numeral 1 del artículo 1° y numeral 3 del artículo 18 del tratado; Sentencia C-780/04, Protocolo Modificatorio a la Convención de Extradición entre Colombia y España. La Corte no condicionó la constitucionalidad del tratado pero ratificó expresamente la improcedencia de reservas en tratados bilaterales.

9 *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-160 del 23 de febrero de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

10 Corte Constitucional, Sentencia C-468 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero. Esta doctrina ha sido ampliamente reiterada por esta Corporación. Ver entre muchas otras, las Sentencias C-378 de 1996, MP: Hernando Herrera Vergara; C-682 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz; C-400 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero; C- 924 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz.

11 Ver Corte Constitucional, Sentencias C-468 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-376 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-426 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz; C-924 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz.

Como se observa, un tratado público es un acto complejo, en cuyo proceso de formación intervienen las tres ramas del Poder Público. La participación de cada rama es una manifestación del estado de derecho que consagra nuestra Constitución y permite al Estado expresar internacionalmente su consentimiento, adquirir obligaciones y ostentar derechos frente a terceros Estados.

4. **El Estado, la Economía y la Integración Económica.**

Las políticas de liberalización del comercio internacional de bienes y servicios, complementadas con otras políticas, generan un círculo virtuoso de desarrollo, pues los mayores flujos de comercio repercuten en el crecimiento económico, el aumento de los niveles de empleo y de bienestar de la población, y la reducción de la pobreza.

De allí que los acuerdos comerciales, como el TLC con Estados Unidos, sean instrumentos idóneos para hacer efectivos los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, puesto que contribuyen a promover la prosperidad general (artículo 2° C. P.), el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366 C. P.).

Reza así el artículo 2° superior:

*"**ARTICULO 2°.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)"* (Subrayado fuera del texto).

Como indicó el Ejecutivo en la exposición de motivos del proyecto de ley aprobatoria, la negociación del TLC con Estados Unidos por parte del Gobierno Nacional es un esfuerzo por dirigir acertadamente la economía con el propósito de lograr *"el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo"* de conformidad con lo establecido por el artículo 334 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

*"**ARTICULO 334**. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".

Adicionalmente, el TLC potencializa y está acorde con lo que la jurisprudencia constitucional denomina el "Tríptico Económico", conformado por los artículos 25 (Derecho al Trabajo), 58 (Derecho a la Propiedad) y 333 (Libertad de Empresa) de la Constitución Política.

En efecto, dentro del mandato de internacionalización de la economía establecido por la Carta Política (artículo 226), los acuerdos comerciales fomentan las oportunidades comerciales que de ordinario se materializan en oportunidades empresariales.

Además, la competencia que se deriva de la liberalización del comercio, contribuye a que las empresas alcancen mayores y más altos estándares de competitividad y productividad, mayor capacitación y calificación de la mano de obra y mejores condiciones laborales. Todo lo anterior redunda en mayores y mejores oportunidades de trabajo para los colombianos, aumentando el "trabajo decente"[12], promovido globalmente por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por otro lado, un mayor flujo de comercio contribuye a obtener más y mejores productos en el mercado a un menor precio, lo cual también repercute en mejores condiciones de vida para los consumidores colombianos y refuerza los citados principios constitucionales.

El TLC con Estados Unidos frente a la integración latinoamericana.

La suscripción del TLC con Estados Unidos, ha generado inquietudes sobre la constitucionalidad de las obligaciones en él contenidas, *vis-a-vis* el principio de integración económica latinoamericana que la Constitución consagra (Preámbulo y artículos 9°, 226 y 227), por ser Estados Unidos un país no perteneciente a la región latinoamericana.

El Preámbulo establece:

*"El pueblo de Colombia (...) comprometido a **impulsar la integración de la comunidad latinoamericana**, decreta, sanciona y promulga la siguiente: Constitución Política de Colombia"* (resaltado, fuera del texto).

A su turno, el artículo 9° consagra que

"Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

*De igual manera, **la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe**"* (resaltado, fuera del texto).

Por su parte, el artículo 226 determina que:

"El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional".

Y finalmente, el artículo 227 establece que:

*"**El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe** mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano"* (resaltado, fuera del texto).

Las normas transcritas representan un claro mandato al Estado, en el sentido de orientar su política exterior hacia la inserción de Colombia en la economía mundial, especialmente fortaleciendo la integración latinoamericana. En este contexto, la negociación y suscripción de convenios y tratados internacionales sirve como vehículo para materializar dichos preceptos constitucionales.

Desde luego, es del resorte exclusivo del Presidente de la República el determinar las características que cada tratado deba tener, habida plena observancia y desarrollo de los mandatos constitucionales y legales sobre la materia. Específicamente, tratándose de tratados internacionales de carácter comercial, es claro que el Presidente es el llamado a determinar la estrategia de negociación y los asuntos en los que el país está interesado en negociar, así como los Estados con los que es conveniente hacerlo. Desde el punto de vista macroeconómico, la suscripción de acuerdos comerciales internacionales es tan sólo un ingrediente de la política económica del Estado, la cual está claramente orientada hacia el desarrollo económico del país.

En este contexto, no puede sostenerse que el TLC suscrito con los Estados Unidos va en contravía de los artículos 9°, 226 y 227 de la Constitución, por cuanto los mismos, si bien ordenan al Estado privilegiar la integración latinoamericana, no le impiden desarrollarla con otras naciones y regiones del mundo. Como bien lo estipula el artículo 227, la política exterior se orienta a la *"integración económica, social y política **con las demás naciones** y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe (...)"* (resaltado, fuera del texto).

La Carta no establece pues prohibición alguna al Estado, para celebrar tratados económicos con naciones distintas a las latinoamericanas. Lo que dispone es un carácter de especialidad para nuestra integración regional.

En consecuencia, no resulta de recibo alegar que dicho status especial, constituye talanquera para que el Estado colombiano busque caminos adicionales de profundización económica, bien dentro de esquemas multilaterales, bien dentro de esquemas bilaterales. Dicho argumento nos llevaría al absurdo de considerar que los logros obtenidos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, devendrían inconstitucionales.

Una tesis semejante, no sólo carece de asidero normativo en el nivel constitucional, sino que además pierde toda legitimidad a la luz de la realidad actual de Colombia, que ya tiene esquemas de integración económica con nuestros vecinos latinoamericanos, tales como la misma CAN, el Acuerdo CAN-Mercosur, el Tratado de Libre Comercio con México (denominado G3 por la inicial participación de Venezuela), el Tratado de Libre Comercio recientemente suscrito con Chile, el Acuerdo de Complementación Económica con Cuba, el Acuerdo de Alcance Parcial con los países miembros de Caricom, así como el Tratado actualmente bajo negociación con los países del Triángulo Norte Centroamericano (Guatemala, Honduras y El Salvador).

---

12 http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/integration/decent/index.htm "Este objetivo global de la OIT ha sido definido como la promoción de oportunidades para las mujeres y los hombres a fin de que puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. El trabajo decente es el eje en donde convergen los cuatro objetivos estratégicos, es decir, los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. Para la OIT el trabajo decente es un concepto organizador que sirve para proporcionar un marco general para las acciones de desarrollo económico y social".

5. **Equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.**

Del estudio del texto del Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2006 Cámara, y de las razones de conveniencia económica, política e internacional expuestas por el Gobierno Nacional que lo llevaron a suscribir el Tratado de Libre Comercio, TLC, con los Estados Unidos, para cumplir los objetivos de fomentar y promover las relaciones y el apoyo comercial entre Colombia y este país, no cabe duda que el Tratado se enmarcó dentro de los principios de reciprocidad, equidad y conveniencia nacional, de conformidad con el mandato constitucional establecido en el artículo 226, a saber: "*El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*".

De otro lado, el TLC también encuentra fundamento constitucional en el artículo 333, pues el Tratado se orienta al establecimiento de reglas de transparencia y libre concurrencia de las actividades económicas, las garantías y el respeto a la iniciativa privada y a la circulación de mercancías y riqueza.

La Corte Constitucional en varias de sus jurisprudencias (C-137/95, C-178/95, C-421/97, C-492/98) ha expresado que las Partes reciben un tratamiento equitativo en la medida en que las obligaciones que se pactan en un tratado, sean recíprocas entre las Partes. Ha dicho la Corte que un tratamiento equitativo, implica a su vez reciprocidad. En Sentencia C-421 de 1997 la Corte Constitucional fue específica en el alcance de los principios de equidad y reciprocidad, cuando declaró constitucional la Ley 350 de 1997 sobre el Acuerdo de Cooperación en materia de Turismo entre la República de Colombia y el Reino de España.

"1. Relaciones Internacionales. El artículo 226 de la Carta Política, consagra de forma clara y expresa la obligación que tiene el Estado de promover la internacionalización de las relaciones, ya sean políticas, económicas, sociales o ecológicas; siempre y cuando se den sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. En consecuencia, un convenio suscrito por Colombia que estreche los lazos de cooperación con un país amigo en un determinado campo económico, es constitucional, siempre y cuando se haya suscrito en los términos que la propia Carta Fundamental contempla.

Como ya se dijo, el acuerdo que se revisa básicamente tiene dos tipos de normas; unas establecen cómo y cuál es el tipo de compromiso que adquieren las partes, las otras contienen reglas relativas al propio funcionamiento del acuerdo. ***Lo importante es que tanto en las primeras como en las segundas, las partes reciben un tratamiento equitativo; las actividades que se compromete a desarrollar un país son las mismas a las que se compromete el otro; ambas naciones pueden negarse a cumplir obligaciones que entren en conflicto con otras adquiridas con anterioridad; participan por igual en la comisión que ordena crear el propio Acuerdo y pueden denunciarlo en las mismas oportunidades. Este tratamiento equitativo, a su vez implica reciprocidad, de hecho el convenio tiene por objeto mejorar el turismo en los dos países y el trabajo conjunto con fines comunes que reportarán claros beneficios en materia económica, social, cultural y educativa para las partes.***

Por tanto, se ha de concluir que se trata de un Instrumento Público ajustado a la Constitución, ya que promueve la internacionalización de las relaciones de Colombia sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional" (resaltado, fuera del texto).

En el mismo sentido, la Sentencia C-137 de 1995 que declaró la constitucionalidad de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech (Ley 170 de 1994) que crea la Organización Mundial del Comercio, estableció lo siguiente:

"En cuanto a las obligaciones, pueden señalarse estas, que por ser recíprocas no traen consigo una condición desfavorable o inequitativa para ninguno de los Miembros de la Organización".

Igualmente manifestó la Corte Constitucionalmente al declarar exequible en Sentencia C-492 de 1998, la Ley 431 de 1998 sobre el Acuerdo de Comercio entre el Gobierno de la República de Colombia y Malasia, que:

"Los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional a los que se refiere la norma superior citada, se reivindican y encuentran específico desarrollo en los artículos II, IV, V, VI, IX *del acuerdo objeto de revisión, en los cuales se observa que las obligaciones que se imponen las partes son recíprocas y no traen consigo una condición desfavorable o inequitativa para ninguna de ellos, con lo que se cumplen principios fundamentales del derecho internacional"*.

Del análisis del texto del tratado, se observa que el acuerdo surge a partir de la base de que los dos países trabajarán en la consecución de intereses comunes, reconociendo la importancia que el TLC tiene para el desarrollo de las Partes. Es evidente en la naturaleza de los capítulos del Tratado, la expresa voluntad de los dos gobiernos de promover la internacionalización de la economía, con espíritu de equidad y reciprocidad.

En ese sentido, el principio de reciprocidad del TLC está dado por el hecho de que las actividades que se compromete a desarrollar Colombia son las mismas que se compromete a desarrollar Estados Unidos, como es evidente en todos los capítulos del Tratado, entre ellos servicios, inversión, compras, política de competencia o propiedad intelectual. De hecho el TLC tiene por objeto promover el intercambio comercial entre los dos países y el trabajo conjunto con fines comunes que reportarán claros beneficios en materia económica, social, cultural y educativa para las partes.

Lo anterior no significa que todas las obligaciones deban ser iguales e idénticas. En materia de los capítulos relacionados con acceso a mercados, las listas de desgravación arancelaria y los anexos son por definición diferentes y sometidos a las condiciones particulares de cada país.

Dada la naturaleza de las relaciones comerciales internacionales, en donde los países tienen diferentes estructuras productivas al igual que ventajas comparativas, son precisamente estas las que justifican el TLC para complementar sus economías. Por lo tanto, se hace inevitable que en el Tratado se presenten diferencias en las condiciones de acceso a los bienes industriales y agrícolas de cada país, de acuerdo con sus necesidades y condiciones particulares.

En ese sentido, por ejemplo, como se desprende del Anexo 2.3 del TLC (Lista de desgravación), el acuerdo otorga a Colombia acceso inmediato a prácticamente la totalidad de su oferta industrial (99.9%) mientras que otorga a Estados Unidos acceso inmediato para el 81.8% de los productos, de los cuales el 92.5% corresponde a materias primas y bienes de capital no producidos en el país.

Situación similar se da en materia de acceso agrícola en donde Colombia obtiene acceso inmediato para aproximadamente el 99% de las exportaciones colombianas de productos agrícolas a dicho mercado, mientras que tan solo un 37% de las exportaciones agrícolas de Estados Unidos hacia nuestro país recibirán dicho trato. El mayor porcentaje de acceso a favor de Colombia toma en cuenta la asimetría existente entre las dos economías y reitera el carácter equitativo del Acuerdo.

Con relación al principio de conveniencia nacional, en la Sentencia C-178 de 1995 –mediante la cual se declara la constitucionalidad de la Ley 172 de 1994 aprobatoria del Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres (Colombia, México y Venezuela)–, la Corte Constitucional manifestó que corresponde al Gobierno y al Congreso su determinación:

"2. En este sentido, cabe observar que, como corresponde a las atribuciones políticas del ejecutivo, la argumentación presentada en favor de la exequibilidad de la ley, elaborada por el Gobierno Nacional manifiesta varias razones de conveniencia, oportunidad y provecho, que hacen recomendable la adopción del mencionado instrumento como parte del ordenamiento jurídico nacional y la vinculación del Estado al organismo internacional y a las actividades del mismo; empero, como se vio, este tipo de reflexiones, aun cuando, como en este asunto, resulta de suma importancia dogmática y práctica con fines de ilustrar su interpretación y ejecución, no hacen parte del juicio de constitucionalidad cuando se adelanta por la vía del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, ni en general de las atribuciones judiciales de la Corte Constitucional.

Se advierte que en este tipo de juicios de carácter preventivo y abstracto que se adelantan en este estrado judicial, y en los que se examina en su conjunto la constitucionalidad de disposiciones jurídicas que tienen la naturaleza de los tratados internacionales, la Corte no se ocupa de examinar específicas situaciones de hecho signadas por elementos como los de la utilidad, la efectividad o la eficiencia de las actuaciones de las autoridades públicas; ***tampoco se ocupa la Corte de adelantar evaluaciones de oportunidad práctica ni de conveniencia política, pues estos elementos extranormativos deben ser analizados por el Jefe del Estado y por el Congreso en su oportunidad, según los términos de la Constitución Nacional.*** *No obstante, en este caso se estima de buen provecho para el juicioso examen de los sujetos directamente vinculados al tratado y de quienes se encargarán de su aplicación, la incorporación de las reflexiones presentadas en la intervención oficial"*.

En tal sentido, el TLC con Estados Unidos es un acuerdo que cumple con el principio constitucional de conveniencia nacional como se deriva de las razones explicadas en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto de ley aprobatoria y que son avaladas en el momento en que el Congreso de la República aprueba el tratado. Dichas ventajas podrían sintetizarse en el aumento de los flujos de comercio, de la inversión y de la competitividad del aparato productivo como mecanismos para lograr mayores tasas de crecimiento

económico que permitan generar más y mejores empleos y que se convierta en instrumento fundamental para disminuir los niveles de pobreza.

Es importante enfatizar que el mandato constitucional implica analizar los señalados principios a la luz del tratado como un todo. En otras palabras, lo que debe ser recíproco, conveniente y equitativo según la Constitución es el tratado, razón por la cual lo conducente es analizar el cumplimiento de los principios dentro del conjunto de las cláusulas del tratado.

Por ello, no resulta conducente revisar una sección o disposición aislada (por ejemplo la lista de desgravación de Colombia a Estados Unidos) para analizar la equidad, reciprocidad y conveniencia del tratado, cuyo balance global necesariamente debe estar conforme con los principios constitucionales enunciados.

IV. **CONVENIENCIA ECONOMICA DEL TRATADO**

La aprobación o no del proyecto de ley, objeto de la presente ponencia, es determinante para el futuro inmediato de la economía nacional, por ello es de vital importancia abordar no solamente los aspectos jurídicos de la iniciativa sino además hacer referencia a los factores económicos desde la perspectiva de los principios de reciprocidad, equidad y conveniencia.

En este sentido es necesario hacer referencia al modelo de desarrollo, al fenómeno de la globalización y la inserción de Colombia en la realidad económica actual de un mundo globalizado, las experiencias de otros Estados, a los acuerdos celebrados por el ejecutivo en los diferentes capítulos del Tratado, al impacto de los acuerdos sobre los diferentes sectores de la economía y a las medidas que el Estado colombiano debe tomar a fin de contrarrestar los efectos de la puesta en marcha de los acuerdos suscritos (Agenda interna y Plan de Desarrollo).

1. **El modelo de desarrollo.**

Antes de hacer referencia al modelo de desarrollo adoptado durante la última década, así como los cambios en el crecimiento y la productividad ocurridos a partir de las grandes transformaciones realizadas en el frente económico en el país, nos referiremos al debate relacionado con los alcances y la aplicación de las normas constitucionales sobre la economía. Entonces haremos referencia a si la Constitución de 1991 establece un modelo económico preciso, y si entonces el equipo económico del Gobierno está limitado por las normas constitucionales que consagran derechos afectados por las políticas económicas, igualmente y en nuestro caso como legisladores, nos debemos preguntar, qué normas constitucionales debemos respetar en el Congreso al expedir leyes en materias como el proyecto sobre el Tratado de Libre Comercio, TLC, con los Estados Unidos.

Por tratarse de un asunto complejo y mutidisciplinario que involucra no solo disciplinas jurídicas sino económicas, consideramos oportuno traer a colación algunos apartes del trabajo sobre la Constitución y la política económica en Colombia *basada en Uprimny, Rodrigo, "Modelo Económico y Constitución", ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004), complementada por la ponencia de César A. Rodríguez en el seminario "Constitución y Modelo Económico", organizado por Fedesarrollo y el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de los Andes (Bogotá, 22 de noviembre de 2005), dicho estudio consideró:*

"Desde esta perspectiva, en este texto nos concentramos en dos preguntas: ¿consagra la Constitución colombiana un modelo económico? y ¿cuáles son los efectos jurídicos y prácticos de las normas constitucionales sobre temas económicos? La tesis que defendemos es la siguiente: la Constitución colombiana es vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y es valorativa porque consagra principios y valores específicos. Sin embargo, sostenemos que la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos.

…

Dada la amplitud de posibilidades de política económica y el reconocimiento de dicha amplitud por parte de la Corte Constitucional, sostenemos que el control constitucional de la economía es –para expresarlo en términos de derecho constitucional– un control de razonabilidad, es decir, un control no estricto sino leve (Rodríguez, 1998). Un control leve es aquel en que el juez constitucional debe mirar únicamente si el objetivo que persigue una política es constitucionalmente admisible y si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito. Es, por tanto, un control relativamente suave, en virtud del cual únicamente las políticas económicas manifiestamente irrazonables son declaradas inconstitucionales. Este es el tipo de control de la política económica que domina en Estados Unidos desde el New Deal y que ha conducido a que muy pocas decisiones de política económica hayan sido declaradas inconstitucionales. Por el contrario, un control constitucional estricto, que opera en otros ámbitos, implica que no basta con que la finalidad perseguida por las autoridades sea admisible sino que debe ser imperiosa, y el medio usado por la ley o el poder ejecutivo para alcanzar dicho propósito debe ser no sólo potencialmente adecuado sino estrictamente necesario (Rodríguez, 1998).

…

…este argumento a propósito de temas centrales de política económica en los que la Corte Constitucional ha reconocido la libertad política del Congreso y del Ejecutivo para diseñar, dentro de ciertos límites, estrategias económicas diversas. Resaltamos dos grandes tipos de casos. En primer lugar, la Corte Constitucional reconoce que la Constitución le otorga al Legislativo y al Ejecutivo amplitud y libertad de intervenir en la economía y de diseñar las políticas económicas y, por consiguiente, afirma que el juez constitucional debe admitir un juego de políticas cambiantes. Un segundo ejemplo está relacionado con los derechos sociales. La Constitución consagra derechos sociales que implican imperativos o deberes para las autoridades en el sentido de desarrollar políticas orientadas a satisfacer esos derechos. No obstante, la Constitución y la jurisprudencia de la Corte admiten medios diversos para realizar dichos derechos sociales (resaltado fuera de texto).

Contra nuestro argumento se podría objetar que el deber de las autoridades económicas de realizar unos determinados derechos sociales constitucionaliza un modelo económico, en la medida en que definen una función de bienestar general y unas orientaciones básicas a la política económica. Sin embargo, diferimos de esta tesis porque la Constitución ofrece múltiples posibilidades para alcanzar esos objetivos.

Por ejemplo, la Constitución establece el derecho a la salud, pero no especifica que deba ser un servicio prestado directamente por el Estado, un subsidio a la oferta o a la demanda, o un servicio de gestión privada. Todas estas posibilidades son constitucionalmente admisibles. Lo mismo aplica en el caso de la educación o la vivienda. Por eso, encontramos numerosas sentencias de la Corte que han avalado el diseño del sistema de seguridad social en salud y en pensiones de la Ley 100 de 1993, el cual podría ser un sistema incompatible con una Constitución que estableciera un modelo económico más cerrado. En reiteradas ocasiones, la Corte ha dicho que esa ley establece una de las posibles regulaciones en pensiones y salud, pero que podría haber otras, como un modelo de oferta exclusivamente pública en salud, un modelo de pensiones exclusivamente estatal, o uno privado. Siempre y cuando esos modelos sean razonables para satisfacer el derecho a la salud, son constitucionales. Por ello, por ejemplo, la Sentencia C-1489 de 2000 declaró la constitucionalidad del sistema de las ARS previsto por la Ley 100 de 1993.

Estos ejemplos son muestras de una gran amplitud de estrategias económicas y de desarrollo dentro de los límites valorativos que impone la Constitución. Pero aunque la Constitución de 1991 es abierta, no es neutra y tiene fuerza normativa. De ahí que imponga límites a la política económica, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

Según lo anterior, podemos afirmar que la Constitución de 1991 no obliga a un modelo económico preciso, por cuanto nuestra Constitución es abierta y no institucionaliza un modelo económico rígido.

Ahora bien, con relación a las restricciones para el órgano legislativo frente a la aprobación o no de proyectos de ley relacionados con materias económicas, la constitución le otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias.

En este orden de ideas, a inicios de la década de los noventa, en Colombia se dio comienzo a una serie de reformas de carácter estructural. Se asumió un nuevo modelo de desarrollo económico basado en la internacionalización y apertura de la economía. El programa de apertura económica, adoptado en 1990, incluyó una serie de medidas tendientes a la modernización y mejoramiento de la organización institucional del Estado, que estarían acordes con el nuevo ordenamiento económico, político y social en el ámbito internacional, y que conducirían al crecimiento del país.

2. **El modelo de Estado y de desarrollo.**

Podemos identificar a lo largo de la historia de Colombia, diferentes modelos de desarrollo, que algunos han resumido en dos: El modelo de desarrollo vía sustitución de importaciones, y el modelo de desarrollo vía exportaciones. Ambos modelos presentan sus variantes y particularidades que los hacen únicos en el caso colombiano. En este orden de ideas, se analizarán los diferentes modelos periódicos del desarrollo económico partiendo de la aplicación tem-

poral de estos y mirando la economía por décadas. La década de los años 70 que señala el modelo de desarrollo de sustitución de importaciones; la década de los 80 que muestra un modelo de transición hacia el desarrollo vía exportaciones; y la década del 90 de la famosa "Apertura Económica Unilateral", todas estas dentro del siglo XX. Por último, tenemos el principio del siglo XXI, donde transitamos hacia los acuerdos bilaterales o plurilaterales de comercio.

Los años 70: la sustitución de importaciones:

El modelo de sustitución de importaciones se caracteriza por ser un modelo cerrado, que procura desestimular la importación elevando los aranceles, busca reemplazar los bienes importados con producción nacional; aún así, los distintos países siguen atados a la orbita internacional, por la escasez de materias primas y tecnologías propias que maximicen y optimicen los recursos y la producción nacional. En síntesis buscan desarrollar el mercado interno.

Sin embargo, en alguna forma estas economías sustitutivas se hacen superavitarias en términos de su producción, no necesariamente de su productividad, lo que implica que para mantener el empleo y aumentarlo en función de la población, así como para sostener el crecimiento y también aumentarlo en el mismo sentido, se requiere de clientes para la producción excedentaria pues la demanda interna no alcanza a absorber el excedente. En tal sentido, las demás economías que aplican el mismo modelo se enfrentan a la misma crisis. De este modo, todos los que practican la protección interna ven restringido su comercio de bienes de consumo por la protección, es decir, se privan de las ventajas de la competencia, tales como: más y mejor valor agregado en los productos competidores, nuevas tecnologías y conocimientos asociados a la industria.

Colombia para la década de los 70 crecía en promedio al 5,4%, exportaba en promedio US$98 millones de dólares e importaba 88 millones de dólares. La década abrió con un déficit de US$5 millones de dólares y cerró con un superávit de US$8 millones de dólares aproximadamente.[13] Analizando las cifras de este período, se diría fácilmente que teníamos una economía que podría calificarse de productiva; observando a profundidad nos damos cuenta que el modelo, como lo dice toda la literatura de historia económica, no mostraba signos positivos en el fondo, pues, como lo dice el doctor Juan Alfredo Pinto (actual presidente de ACOPI), citando un estudio del Observatorio Económico para la Pyme colombiana:

"En cuanto a la economía colombiana, el documento (las pequeñas y las medianas empresas en Colombia 1992-2001) sostiene con estadísticas y análisis que el proceso de industrialización nacional se truncó a mediados de la década de los 70. A diferencia de los países recientemente industrializados (Corea, Taiwán, Singapur y otros), la economía colombiana no avanzó –como debía haberlo hecho– de la industria intensiva en mano de obra (Labor intensive industry) hacia los niveles superiores del proceso; o sea, la industria intensiva en capital y tecnología, ni mucho menos hacia la reciente fase intensiva en conocimiento (Knowledge intensive industry). Se detiene este numeral en identificar el modelo implícito de la economía colombiana, sosteniendo la tesis según la cual en el país se ha aplicado el modelo propuesto por el famoso economista A. Lewis, de quien fuera admirador el ex Presidente López. (…) La composición porcentual del PIB de Taiwán y Colombia, permiten afirmar que a diferencia de todos los países desarrollados –viejos o recientes– el nuestro no alcanzó como aquellos, los niveles de industrialización donde la manufactura llegó a representar porcentajes cercanos al 30% del total del PIB. En Colombia la mayor cifra alcanzada por la manufactura fue de 23.5% en 1974, año a partir del cual inicia –al lado de la agricultura y a favor de los servicios– un continuado descenso. Este descenso de la manufactura dentro del total del PIB a favor de los servicios se realizó en Colombia de manera prematura, llevando a los investigadores a afirmar que el proceso de industrialización que en los demás países condujo al desarrollo, aquí se truncó y condujo a un exagerado y también prematuro crecimiento –hipertrofia– del sector servicios, con ramas de muy baja productividad"[14].

Así las cosas, el modelo cerrado de sustitución de importaciones no arrojó los mejores resultados para el desarrollo del país a pesar de una tasa de crecimiento apreciable y una balanza comercial superavitaria. Son las dinámicas internacionales, a las cuales no somos ajenos, como la crisis de la deuda y la crisis del petróleo las que signan la interdependencia internacional y las que determinan el rumbo económico y las necesidades de inserción en la órbita económica internacional.

El período de los 80: el tránsito a una mayor inserción internacional:

Será la época de los 80 la que marque el tránsito de una economía de bloque regional cerrado, con un modelo de sustitución de importaciones, hacia una mayor inserción internacional.

Se ingresó a este período con una inflación de alrededor del 26%, la cual llegaría al final del período a más del 32%, con una tasa de desempleo, que para mediados de la década, era de aproximadamente 14% y que finalizando esta se ubicaba en alrededor del 11%, con unas exportaciones en promedio de más de mil millones de dólares: a esto se sumaría un superávit comercial que superaba los 500 millones de dólares[15].

En general la economía colombiana de los años 80 se caracterizaría por una fuerte regulación e intervención por parte del Estado; el crecimiento sería menor al promedio de la década anterior pues este según la misma Contraloría General de la República, sería del orden del 4%. Sin embargo el eje de discusión no se debe centrar en el crecimiento moderado de esta década, sino en los efectos que ese crecimiento tuvo sobre la población, o en otras palabras en el desarrollo.

Siguiendo a Barreto y Castillo en un artículo publicado en la revista Economía Colombiana, estos aducen;

"*Paralelo al deterioro en la generación de producto, la incidencia de la pobreza en América Latina se mantuvo durante dos décadas alrededor del 35%, con una profundización a finales de los ochenta cuando se acentuaban las consecuencias de la década perdida. En Colombia, en cambio, la pobreza se acentuó a pesar de mayores ritmos de crecimiento. Específicamente durante la segunda mitad de los ochenta, cuando la economía presentó elevados niveles de crecimiento, la incidencia de la pobreza se acentuó en más de diez puntos porcentuales. Desde entonces la pobreza no cede*"[16].

Pobreza (LP)*

	1980-1985	1985-1990	1990-1995	1995-2000
AL	35,0	41,0	37,8	35,1
Colombia	39,0	50,0	47,1	49,2

* Porcentaje de hogares cuyo ingreso es inferior a dos veces el costo de una canasta básica de alimentos

Desigualdad (Gini)

	1980-1985	1985-1990	1990-1995	1995-2000
AL	0,51	0,52	0,53	0,52
Colombia	0,61	0,61	0,58	0,58

Fuente: Cepal

Tomado de: Revista de Economía Colombiana No 299 "Barreto Nieto, Luís Hernando, y Castillo Benítez, Mauricio, "Crecimiento o desarrollo: el reto de la macroeconomía.

Argumentan además Barreto y Castillo que para reducir la pobreza en al menos 10 puntos el crecimiento debería ser cercano al 16%. Retrotrayendo algunos puntos de este argumento, cuando analizamos el índice de desarrollo humano elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), podemos ver que el índice para el año 75 era de 0.66 y para el año 1980 de 0.69, es decir un progreso moderado; pero para el año 1985 este era de 0.70 es decir un progreso de solo 0.01 puntos en el índice, lo cual se vería reflejado al final de la década del 80, cuando este índice para el año de 1990 fue de 0.72.

La apertura unilateral de los 90.

Un modelo económico en pleno declive, como aquí se ha demostrado, caracterizado por poca inversión, escaso porcentaje del PIB destinado a la generación de ciencia y tecnología, coberturas bajas en educación técnica y tecnológica, una infraestructura claramente volcada al comercio interno, se abre casi totalmente a la competencia externa sin prever los resultados o los escenarios.

En 1990 el gasto público en educación como porcentaje del PIB era tan solo del 2,4%; solo 0,1% del PIB era invertido en investigación y desarrollo; y no existen registros de exportaciones de productos de alta tecnología, a lo que debemos agregar que la exportación de productos manufacturados correspondía a tan solo el 25% de los productos exportados En cambio, los productos

13 Los cálculos se basan en información estadística del DANE y en estudios del Banco de la República

14 PINTO SAAVEDRA, Juan Alfredo, "El libre comercio en Colombia ¿Apuesta por el fomento a la pequeña y mediana empresa?", en BOTERO MARINO, Catalina, y GUARDO MARTINEZ, Andrea, Coordinadoras, ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN COLOMBIA, Fundación Social, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, noviembre de 2004, Pág. 271

15 Tomando como base datos del DANE, y la Escuela Nacional Sindical

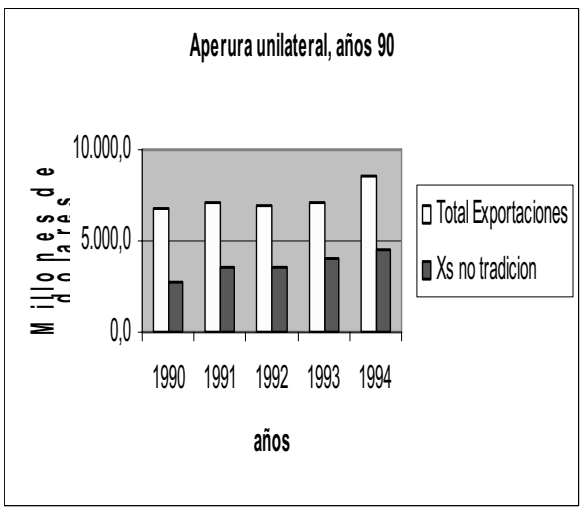
16 BARRETO NIETO, Luis Hernando, y CASTILLO BENITEZ, Mauricio, "Crecimiento o desarrollo: el reto de la macroeconomía", en Revista Economía Colombiana, Contraloría General de la Nación, Bogotá, N° 299, Pág. 78.

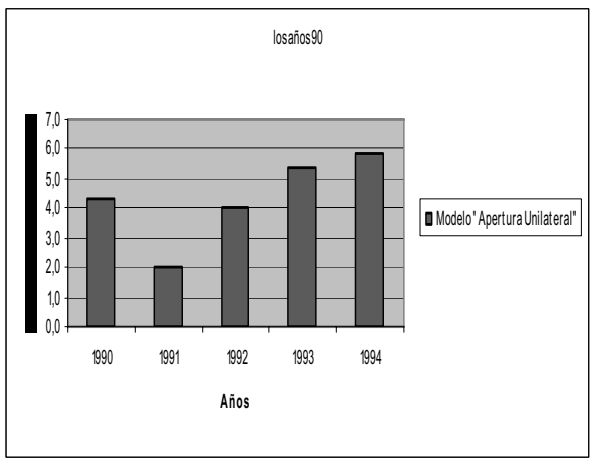
primarios representaban el 74% de ese volumen. Esto muestra el escaso valor agregado de nuestras exportaciones y es claro además, que el modelo anterior no colaboró en la generación y exportación de conocimiento y tecnología.

De otro lado, como lo dice la Contraloría:

"*Esta dinámica no resultó sostenible. El ritmo de crecimiento, la reducción del desempleo y el auge del consumo se basaron en factores transitorios. La burbuja se desvaneció a finales de los 90 cuando se deterioraron agudamente los balances de los hogares, transmitiendo su pérdida patrimonial a los intermediarios financieros y, por esta vía, a todo el sistema. En un contexto internacional crítico, el resultado fue la recesión mas profunda que haya experimentado la economía colombiana a lo largo del siglo.*

La recesión se caracterizo por un fuerte desequilibrio fiscal y externo que fue conjurado, a la postre, por el ajuste del sector privado. Esa corrección afectó la política de estabilización y erosionó el crecimiento de largo plazo, ante factores como los siguientes: la carencia de suficiente ahorro en el sistema y la salida de capitales, con motivo de la crisis misma, frenaron la inversión y el consumo privado; se desplomó el crédito; se restringió el acceso a recursos externos, y las firmas y los hogares debieron reajustar la dinámica insostenible de demanda de la primera mitad de los 90"[17].





Elaboración propia, Fuente: Banco de la República

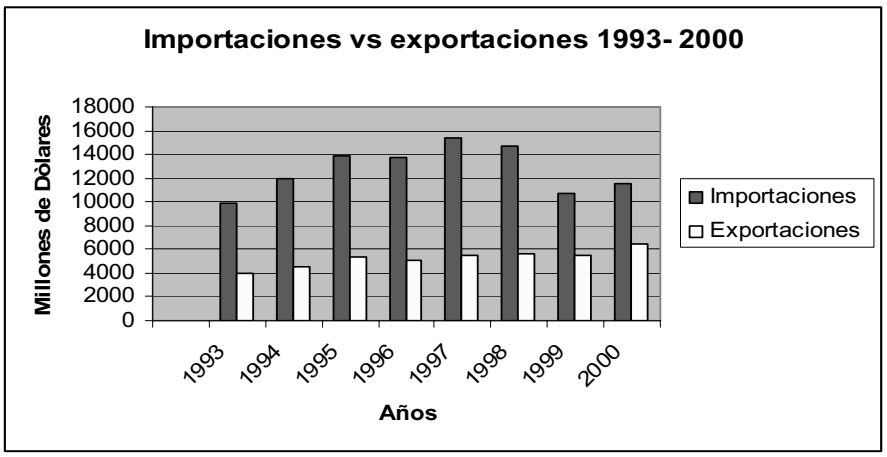
Los datos de la época nos permiten concluir a primera vista que la apertura al comercio exterior, fue buena en principio; sin embargo es notoria la predominancia de las exportaciones tradicionales frente a las no tradicionales en las relaciones de intercambio comercial.

A partir de 1993 las importaciones empiezan a aumentar con respecto a las exportaciones. Para un país inmerso en una recesión económica y cuyos productos exportables son tradicionalmente bienes primarios y sólo una cuarta parte bienes manufacturados, el impacto en el grueso de la economía denota la falta de previsión en las medidas tomadas.

Al respecto dice la Contraloría, *"(…) no se corrigió el desequilibrio fiscal y, por el contrario, las necesidades de financiamiento del Gobierno Nacional llevaron a que su deuda como proporción del producto, se multiplicara por 2.5 entre 1998 y 2001, lo que afecta la asignación de los recursos financieros.*

17 FLORES ENCISO, Luís Bernardo, BARRETO NIETO, Luís Hernando y CASTILLO BENITEZ, Juan Mauricio, "El manejo de la política económica en Colombia en el contexto de la Globalización", en Revista Economía Colombiana No 311, Pág. 45-46

Por otra parte la inversión privada se deprimió sustancialmente, hasta niveles de solo el 7% del PIB en el año 2000"[18].



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de la República

Con base en estos datos podemos concluir, que el proceso de apertura unilateral careció de planificación, fue desordenado y ha contribuido al retroceso de las variables del desarrollo. Para el año 2003, la exportación de bienes primarios seguía siendo el principal producto de la canasta exportadora con un 64% de las exportaciones, los productos manufacturados sólo un 10%, y los productos de alta tecnología representaron según cifras del PNUD y el IDH, el 7% de las mercancías de exportación. Aun así, el gasto en investigación y desarrollo seguía siendo de 0.1% del PIB. Para el país fue evidente, el fracaso del modelo, pero, se hacía irreversible debido a las necesidades propias del desarrollo, la interdependencia económica y el rezago tecnológico con el que se había arribado a la apertura.

Los acuerdos bilaterales de comercio: una estrategia planeada para el crecimiento y el desarrollo.

Aunque la apertura de mercados es una necesidad en los procesos económicos actuales, no es la columna vertebral de éstos, es tan solo un instrumento de conducción de la política económica, en especial de la comercial, que no garantizan efectos positivos. No se trata de solamente del tratado con los EE.UU.; también hacen y deben hacer parte de esta estrategia la Unión Europea, Venezuela, Chile, Mercosur, la Asociación Europea de Libre Comercio, y los países de la cuenca del pacífico, así como Canadá.

La importancia del tratado con los Estados Unidos, radica esencialmente en que es la primera economía del mundo, es nuestro principal socio comercial, y el principal socio comercial del resto de países latinoamericanos, con excepción de Chile. Además, ya han firmado tratados de libre comercio con Estados Unidos, los países centroamericanos y Republica Dominicana –tratado comúnmente conocido como el Cafta–, México en el marco del Nafta, Chile, y recientemente cerró Panamá.

Este escenario de multiplicidad de tratados, complica la actividad productiva de Colombia, ya que al estar firmados y ratificados los demás acuerdos, la inversión podría relocalizarse donde mejores garantías y seguridad jurídica tenga y desde donde sus operaciones comerciales sean más eficientes y efectivas. En ese caso México y Chile ofrecen mayores posibilidades de logística comercial, pues tienen infraestructura e instituciones que así lo permiten. Además, Costa Rica, Panamá y los países del CAFTA se convierten en polos de competencia por los recursos de la inversión extranjera y por su cercanía con los EE.UU. Todos estos países son competidores con capacidad de desplazar los productos colombianos del mercado norteamericano.

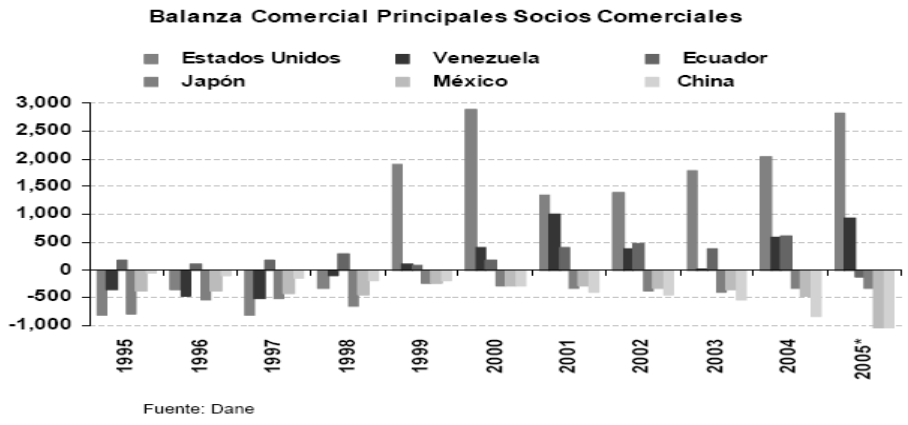
Como lo reconoce Fernando Barberi, "*Estados Unidos es el mayor comprador de productos colombianos y el mayor proveedor de las importaciones del país. Además los Estados Unidos juegan un papel preponderante a través de la influencia que ejercen en los organismos multilaterales en los organismos de crédito, en la financiación externa del país (…)"*[19]. Mas adelante en este mismo artículo dice Barberi, " *Las razones citadas al inicio de este artículo unidas al hecho de que los Estados Unidos, cuentan ya con un tratado de libre comercio con México y Canadá (Nafta) y con Chile (…) el vencimiento de las preferencias unilaterales del Atpa y el Atpdea (…) junto con el deterioro que han registrado los mercados de Venezuela y Ecuador, condujeron al*

18 FLORES ENCISO, Luis Bernardo, BARRETO NIETO, Luís Hernando y CASTILLO BENITEZ, Juan Mauricio, "El manejo de la política económica en Colombia en el contexto de la Globalización", en Revista Economía Colombiana No 311, Pág. 46.

19 BARBERI GOMEZ, Fernando, "La negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos", en revista Economía Colombiana N° 299, Contraloría General de la Nación, Bogota, Pág. 44.

gobierno colombiano a solicitar a los Estados Unidos la negociación de un tratado bilateral de libre comercio"[20].

En la siguiente grafica de otro trabajo podemos ver el peso de nuestros compradores en el comercio que realizamos con los distintos destinos.



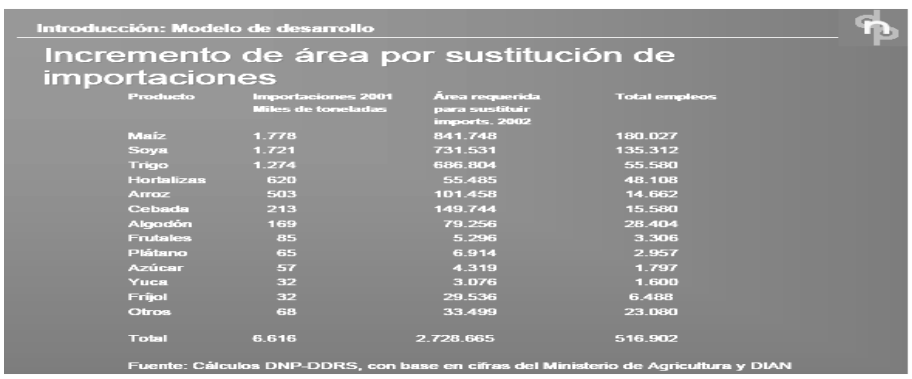
Tomado de: Pérez Marulanda Camila, "Ajuste en USA: ¿Qué tan blindada está la economía colombiana?, Analdex- La República, 23 de marzo de 2006. En www.tlc.gov.co

Por lo anterior, es necesario garantizar el mercado estadounidense para los productos colombianos. Lo anterior se logra a través de un acuerdo bilateral, pues las preferencias unilaterales, como el ATPDEA, están sometidas a los vaivenes de la política exterior norteamericana.

Tomado de: Tomado de: Pérez Marulanda Camila, "Ajuste en USA: ¿Qué tan blindada está la economía colombiana?", Analdex- La República, 23 de marzo de 2006. En www.tlc.gov.co

Ya lo hemos dicho: no se trata solo de los Estados Unidos; se trata de garantizar un mercado, atraer inversiones para apalancar la producción nacional, aumentar la competitividad y diversificar los mercados. Los vaivenes políticos de la región han provocado fricciones con nuestro segundo socio comercial Venezuela, e incluso con Ecuador; de allí la necesidad de expandirse y ganar nuevos mercados con más productos mucho más competitivos.

El acuerdo bilateral con los Estados Unidos es la oportunidad para que nuestros empresarios accedan a materias primas competitivas, generen conocimiento in situ, y agreguen valor a los productos que exportan. Es también la oportunidad de desarrollar el campo y mejorar los ingresos del sector rural. Muchos se quejan de que nos dedicaremos a la exportación de productos tropicales; en una forma simple, si los empresarios no invierten y no tienen recursos para agregar valor a esos productos tropicales, esa hipótesis sería afirmativa; pero, es necesario echar un vistazo a las proyecciones que se han elaborado acerca del sector para ver que la óptica no esta suscripta al acuerdo, sino, a las políticas complementarias como se indica en los cuadros siguientes.


Introducción: Modelo de desarrollo

Incremento de área por sustitución de importaciones

Producto	Importaciones 2001 Miles de toneladas	Área requerida para sustituir imports. 2002	Total empleos
Maíz	1.778	841.748	180.027
Soya	1.721	731.531	135.312
Trigo	1.274	686.804	55.580
Hortalizas	620	55.485	48.108
Arroz	503	101.458	14.662
Cebada	213	149.744	15.580
Algodón	169	79.256	28.404
Frutales	85	5.296	3.306
Plátano	65	6.914	2.957
Azúcar	57	4.319	1.797
Yuca	32	3.076	1.600
Fríjol	32	29.536	6.488
Otros	68	33.499	23.080
Total	6.616	2.728.665	516.902

Fuente: Cálculos DNP-DDRS, con base en cifras del Ministerio de Agricultura y DIAN

Introducción: Modelo de desarrollo

Productos para exportación

Retos para el año 2020

Producto	Has	Empleos Generados
Palma	1.000.000	624.277
Plátano Exp.	100.000	62.428
Frutas	1.000.000	624.277
Yuca	500.000	260.116
Cacao	250.000	127.168
Forestal	1.000.000	578.035
TOTAL	3.850.000	2.276.301

Cálculos DNP-DDRS.

Al comparar el número de empleos, que podría generar una y otra alternativa, sumado a las cadenas que se derivan en cada sector, es evidente lo que le conviene al país. En materia de agricultura, como se ha visto en los últimos días, los avances tecnológicos también definen el éxito o no de los productos agrícolas. El maíz por ejemplo ha subido su precio, mientras que el arroz comienza a cambiar de papel en la dieta, es decir estos productos han pasado de ser altamente sensibles a ser estratégicos en la exportación de Colombia.

Acuerdos bilaterales el medio, no el fin, para lograr el crecimiento y el desarrollo.

Este proceso no debe depender solo de la aprobación del acuerdo bilateral de comercio; es responsabilidad del Congreso asegurar y monitorear una estrategia que garantice la plena utilización del acuerdo en provecho nuestro. Lo anterior implica asegurar el crédito para inversiones productivas, la ejecución de obras de infraestructura, y la legislación e institucionalidad para proteger al productor nacional y estimular la inversión productiva extranjera.

Dar bienestar a la población es uno de los fines constitucionales del Estado, y no habrá bienestar, si no se estimula la inversión, el fortalecimiento y la generación de empresas que generen empleo y desarrollo.

Estados Unidos representa para el país el 40% de las exportaciones, 25% de las cuales corresponden a productos no tradicionales. Nuestros productores tienen la posibilidad de contar con arancel cero para el 99.98% de productos de exportación; de nuestra parte Colombia elimina aranceles para el 82% de las importaciones de bienes industriales cuya gran mayoría corresponden a materias primas y bienes de capital[21].

En este orden de ideas, es necesario diversificar nuestras exportaciones, es decir, transformar nuestra estructura productiva. Actualmente, nuestra canasta exportable se reduce a pocos productos: flores, café verde en grano, banano, camarones, azúcar crudo de caña, y extractos de café, que representaron el 92.6% de las exportaciones, según estudios de la Contraloría General de la Nación; los restantes son el petróleo y el carbón.

Transformar la estructura productiva con miras al mercado externo, generando empleo productivo, es el objetivo que debe perseguir esta estrategia de política comercial circunscripta en la política económica del país.

El camino está dado, hoy el país cuenta con 7 mil Pymes exportadoras, que en conjunto han generado 400 mil empleos. Aunque el universo en exportación de manufacturas hacia los Estados Unidos e incluso hacia otros destinos se ha reducido, esa tendencia es reversible por medio del acceso seguro en el tiempo, reglas de origen que permiten el uso de materias primas más competitivas, y un ingreso sin aranceles al mercado norteamericano; esto puede traducirse en mejoras en la posición comercial que redundará en beneficios para el empleo y la producción nacional.

La agenda interna y los impactos sectoriales y regionales proyectados.

Estudios de Jesús Botero y Hugo López, del CIDE, estiman impactos en diferentes sectores de la producción que evidencian las posibilidades de éxito del TLC en las actividades económicas del país. Claro es que este éxito está acompañado por la política de agenda interna y por las políticas empresariales que adopte el sector privado. Como lo hemos señalado al comienzo de esta sección de la ponencia, nuestra estructura constitucional no cambia, el Estado sigue obligado a garantizar los Derechos Fundamentales de los ciudadanos colombianos, independiente de las estrategias que adopte para alcanzar el crecimiento y el desarrollo

20 Ibíd. Pág. 45

21 Datos del Consejo Gremial Nacional.

CUADRO NRO.2. IMPACTO DEL TLC SOBRE EL PIB TASAS DE VARIACION: AGREGADOS MACROECONÓMICOS	
	TLC
PIB AGROPECUARIO	2.01%
PIB MINERO	1.48%
PIB INDUSTRIAL	4.93%
PIB SERVICIOS	4.34%
PIB TOTAL	4.03%
CONSUMO PRIVADO	3.07%
GASTO PUBLICO	0.00%
FORMACION BRUTA CAPITAL FIJO	19.63%
INVENTARIOS	4.39%
EXPORTACIONES	8.23%
IMPORTACIONES	11.25%

CUADRO NRO. 4. EFECTOS DEL TLC SOBRE EL EMPLEO PROYECCIONES DE EMPLEO Y SALARIOS		
	BASE	TLC
EMPLEO TOTAL (MILES)	15,564.07	15,832.91
EMPLEO AGROPECUARIO (MILES)	3,375.81	3,362.09
EMPLEO CALIFICADO (MILES)	2,193.48	2,224.24
EMPLEO NO CALIFICADO (MILES)	4,971.34	5,170.42
EMPLEO INFORMAL (MILES)	5,023.45	5,076.17
DESEMPLEO URBANO	17.30%	15.50%
DESEMPLEO TOTAL	15.70%	14.30%
SALARIO NO CALIFICADO		0.00%
SALARIO CALIFICADO		4.50%
INGRESO EMPLEO INFORMAL		10.38%
SALARIO AGRICOLA		5.17%
INGRESO LABORAL MEDIO		3.68%
GRADO DE INFORMALIDAD	32.28%	32.06%

Fuente: BOTERO Y LOPEZ, “IMPACTO DEL TLC SOBRE EL EMPLEO”, CIDE

Importaciones según uso (millones de dólares)

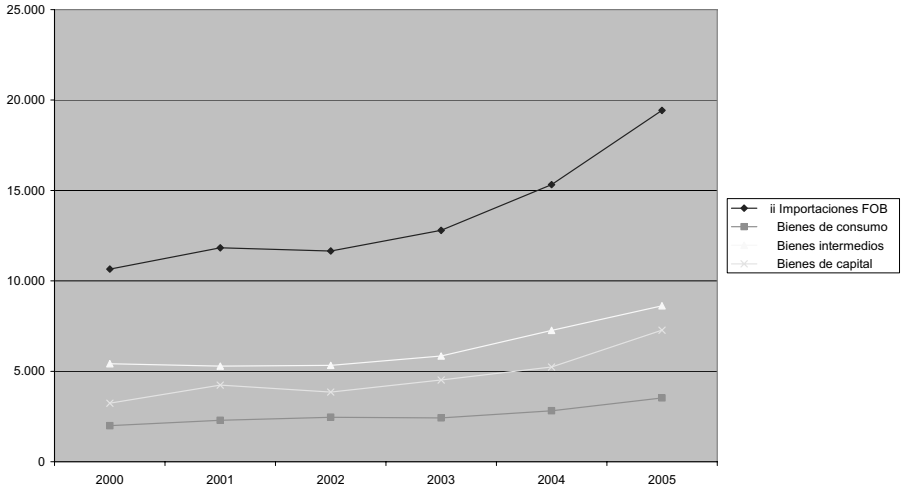
	1994	1995	1996	1997	1998	1999
ii Importaciones FOB	11.072	12.894	12.750	14.302	13.616	9.900
Bienes de consumo	1.818	2.476	2.365	2.732	2.621	1.858
Bienes intermedios	4.456	5.653	6.041	6.058	5.710	4.565
Bienes de capital	4.798	4.766	4.344	5.511	5.285	3.477
	2000	**2001**	**2002**	**2003**	**2004**	**2005**
ii Importaciones FOB	10.65	11.82	11.65	12.79	15.32	19.43
	5	6	3	2	4	1
Bienes de consumo	1.991	2.296	2.465	2.425	2.818	3.530
Bienes intermedios	5.425	5.290	5.331	5.844	7.268	8.629
Bienes de capital	3.239	4.240	3.857	4.523	5.237	7.271

Fuente: Banco de República, Estudios Económicos.

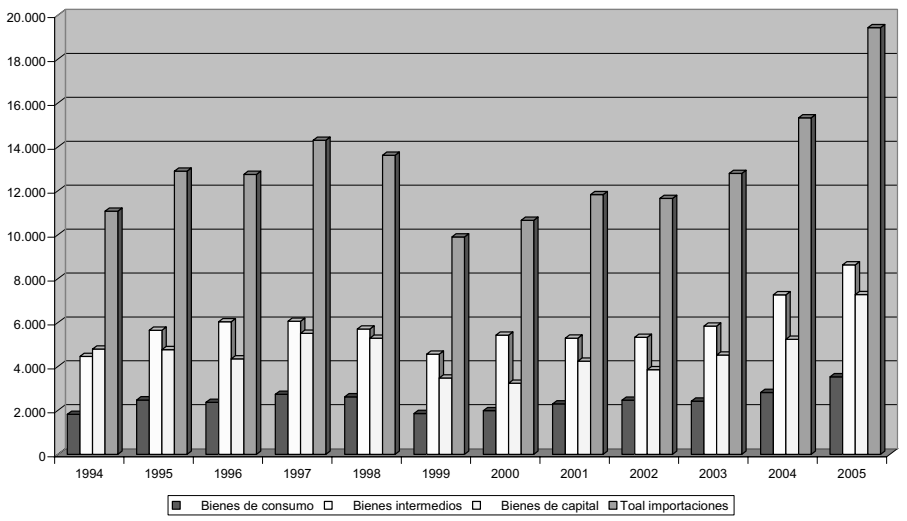
El cuadro y las figuras nos muestran un gran peso de los bienes de capital e intermedios en el total de las importaciones, lo que en principio debe considerarse como un buen indicio de que el aparato productivo desde hace algunos años viene modernizándose. Así, en los años 2004 y 2005 las importaciones de bienes intermedios y de bienes de capital representan, respectivamente, el 47% y el 44% y el 34% y 37%, del total de las importaciones.

Esto, como se sabe, es de vital importancia para enfrentar el reto que en materia de productividad-competitividad debe afrontar el aparato productivo con motivo del TLC. Las importaciones, si bien han crecido, tienen como destino aumentar la producción.

Importaciones por destinación 2000-2005



Importaciones según uso



Por su parte, como se ve en el cuadro y figura siguientes, una de las fuentes de financiación propuestas por el Gobierno para modernizar el aparato productivo, la inversión extranjera directa (IED) tiene desde el año 2000 una tendencia (señalada con la línea roja) creciente sostenida, sacando por supuesto ese compartimiento atípico y desmesurado del año 2005.

Ayudas requeridas en los productos altamente sensibles:

Variable	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Promedio anual
Manteniendo la protección total							
Trigo	7.386	4.512	-	-	-	687	**2.097**
Soya	13.975	15.580	8.000	-	-	807	**6.394**
Sorgo	37.039	25.288	12.279	5.190	-	11.983	**15.296**
Maíz Blanco	69.059	44.595	2.458	-	-	28.136	**24.042**
Fríjol	62.336	54.437	46.077	96.521	58.571	56.595	**62.423**
Maíz Amarillo	182.506	144.874	71.409	35.022	16.666	82.303	**88.797**
Total	**372.301**	**289.287**	**140.222**	**136.733**	**75.237**	**180.512**	**199.049**
Manteniendo la protección en exceso del AEC							
Trigo	4.095	1.044	-	-	-	-	**856**
Soya	7.731	8.726	961	-	-	-	**2.903**
Sorgo	24.200	12.295	-	-	-	-	**6.082**
Maíz Blanco	45.622	20.313	-	-	-	1.361	**11.216**
Fríjol	38.574	29.042	17.150	59.009	25.097	23.886	**32.126**
Maíz Amarillo	123.731	85.396	11.849	-	-	20.566	**40.257**
Total	**243.953**	**156.816**	**29.960**	**59.009**	**25.097**	**45.813**	**93.441**

Fuente: Cálculos de los autores. [22]

Aparte de estas ayudas descritas para los productos altamente sensibles, el Gobierno Nacional ha puesto a consideración del Congreso de la República el Plan Nacional de Desarrollo para el cuatrienio presente, destinando el 30.4% del plan de inversiones, es decir, 69.5 billones de pesos, a lo siguiente: 1) Infraestructura de transporte 20 billones de pesos, 2). Minas y Energía 32.7 billones, 3). Comunicaciones 7.7 Billones de pesos, 4). Crecimiento agropecuario 4.3 billones en los que se incluye Agro Ingreso Seguro, y una cuarta partida de 4.8 billones para Desarrollo Empresarial, Ciencia Tecnología e Innovación”[23]. Es un primer paso donde todos ponemos en pro del desarrollo y del éxito de la nación.

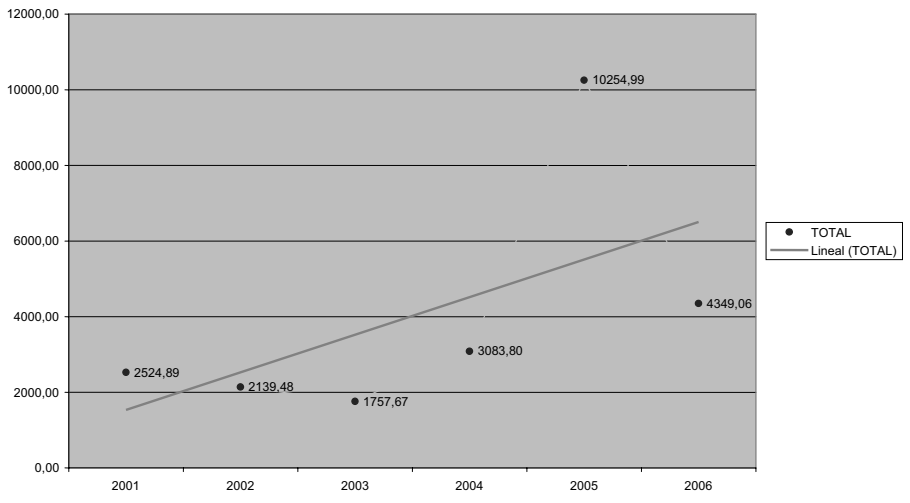
3. **Estamos preparados para las nuevas reglas de juego.**

Otro punto importante en este debate es mostrar cómo Colombia está preparada para afrontar los retos que en materia de competitividad nos exigen las nuevas reglas de juego de los acuerdos bilaterales, en particular el tratado con los Estados Unidos.

22 GARAY Luis Jorge, BARBERI Fernando, y CARDONA, Iván Mauricio, La Negociación Agropecuaria en el TLC- Alcances y concecuencias-, Planeta Paz, Bogotá 2006, cd de anexos estadísticos.

23 Con datos del documento “Regionalización, Plan de Inversiones 2007-2010, versión preliminar.

(1996-III trim 2006)						
US$millones						
Inversión Extranjera Directa y Desagregado por Sectores						
(1996-III trim 2006)						
US$millones						
SECTORES	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Sector petrolero	520,77	449,13	277,94	494,86	1124,62	1290,25
Agricultura, Caza, Silvicultura Y Pesca	12,46	-5,07	7,98	3,30	6,30	17,17
Minas y Canteras (incluye carbón)	523,68	466,16	627,44	1246,42	2157,21	1393,96
Manufactureras	244,17	313,90	326,17	256,41	5532,38	528,54
Electricidad, Gas Y Agua	-70,79	134,73	68,16	88,50	-251,18	-45,87
Construcción	83,76	-4,23	-8,00	73,50	146,03	151,73
Comercio, Restaurantes Y Hoteles	204,64	115,93	221,97	201,98	303,03	350,18
Transportes, Almacenamiento y Comunicaciones	415,72	345,41	-47,32	481,27	1010,52	414,20
Establecimientos Financieros	560,31	292,99	242,94	243,84	243,85	227,06
Servicios Comunales	30,15	30,53	40,39	-6,29	-17,78	21,84
TOTAL	2524,89	2139,48	1757,67	3083,80	10254,99	4349,06
Fuente: Balanza de Pagos Banco de la República de Colombia						



Cabe resaltar aquí, igualmente, que el Gobierno se viene preparando para el reto del TLC, con la Visión 2019 y la Agenda Interna, la cual ha tenido una construcción participativa de diversos sectores y a la cual nos referiremos en el punto VII de esta ponencia.

4. **Conveniencia del Tratado de Libre Comercio.**

Analicemos inicialmente la conveniencia del TLC imaginándonos un escenario en que el Congreso de la República decide no aprobarlo. En este escenario no habría ni preferencias arancelarias unilaterales ni bilaterales, con los Estados Unidos.

Como se muestra en el siguiente cuadro, el principal destino de las exportaciones colombianas son los Estados Unidos, representando para el 2006 el 40% del valor de las mercancías exportadas, es decir aproximadamente US$9.600 millones. Al aplicarse por parte de los Estados Unidos los máximos aranceles, escenario probable sin preferencias arancelarias, los precios de nuestras exportaciones se elevarían haciéndolas menos competitivas. Se perdería, entonces, una proporción considerable de ese mercado. Los efectos para el empleo serían desastrosos, porque los empleadores tendrían que reducir el número de trabajadores y/o, si esto es posible, los salarios y prestaciones sociales, para recobrar algo de la competitividad vía disminución precios. Para nadie es un secreto que el ajuste inmediato ante una situación como la comentada se hace vía reducción de los costos laborales.

Colombia, destino de las exportaciones
1994 - 2006*
Millones de dólares FOB

Destino	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006*	%
Total exportaciones/1	13158,4	12329,9	11975,4	13128,5	16788,3	21190,4	24391,0	1,00
Grupos comerciales de destino								0,00
ALADI	2958,5	3420,1	2962,4	2576,0	4218,4	5286,4	5828,2	0,24
Comunidad Andina de Naciones	2184,9	2770,7	2343,5	1908,4	3250,5	4181,9	1987,6	0,08
MERCOSUR	351,7	219,4	130,6	118,3	187,3	197,4	249,9	0,01
G-3	1538,1	2004,1	1438,7	1056,2	2152,7	2708,5	3283,3	0,13
[a] Unión Europea	1820,4	1754,9	1648,3	1914,5	2355,3	2818,6	3334,6	0,14
Principales países de destino								0,00
Estados Unidos	6524,1	5255,0	5163,7	5779,4	6611,1	8479,7	9650,3	0,40
Venezuela	1307,6	1742,0	1127,2	696,2	1627,1	2097,6	2701,7	0,11
Alemania	434,2	427,6	332,4	265,0	265,2	339,2	360,4	0,01
Ecuador	466,8	709,9	825,0	779,8	1015,5	1324,4	1237,1	0,05
Bélgica	224,1	210,4	241,1	227,9	290,3	368,2	369,1	0,02
Perú	372,5	277,0	352,6	396,0	548,3	710,1	692,0	0,03
Japón	230,4	164,7	194,2	201,9	263,1	330,2	323,8	0,01
México	230,5	262,1	311,5	360,0	525,7	610,9	581,6	0,02
Resto de países	3368,2	3281,2	3427,8	4422,4	5642,1	6930,2	8475,0	0,35

Fuente: DIAN-DANE Cálculos: DANE.

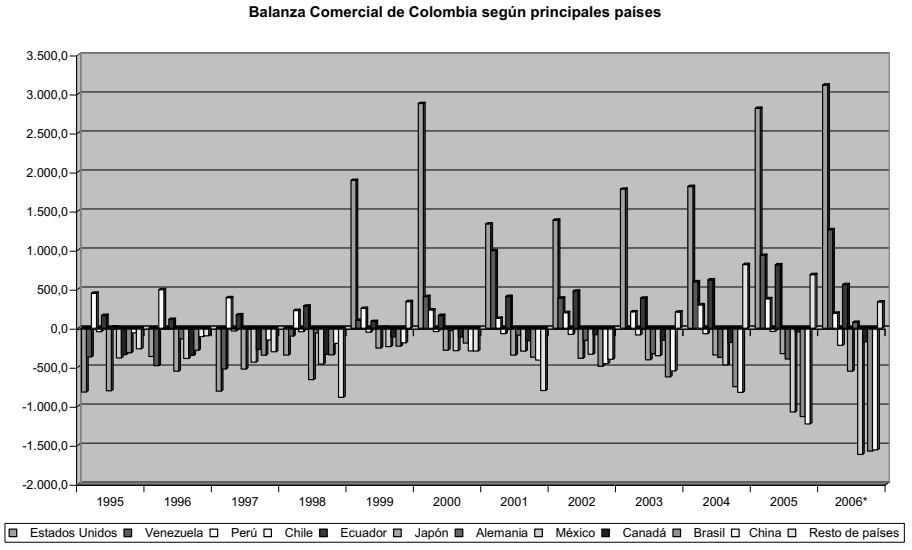
1/La suma de los parciales no es equivalente al total de las exportaciones

* Correspondiente al período enero – diciembre de 2006

Esto nos indica, a su vez, que sería un suicidio económico renunciar al mercado norteamericano como uno de los destinos de nuestras exportaciones. El costo económico y social sería demasiado alto, y no se obtendría contraprestación alguna.

Si lo anterior no es suficiente argumento para aprobar el TLC, observemos el efecto que tendría sobre la balanza comercial.

Como se aprecia en el gráfico, desde el año 1999, el país ha tenido un superávit en la balanza comercial con los Estados Unidos, siendo para el año 2006 del orden de US$3.115 millones de dólares, al tiempo que con los países de Mercosur, el G3, China, etc., la balanza comercial ha sido deficitaria.



Fuente: DIAN-DANE

Esto significa que, gracias a ese superávit en la balanza comercial con los EE.UU. se ha podido enjugar ese déficit, el cual no podría sostenerse si disminuyen las exportaciones hacia los Estados Unidos, que es un mercado "ganado", siendo los demás simples expectativas. Pero también significa que el Gobierno y el sector privado deben emprender unas políticas más agresivas de exportación de bienes y servicios hacia esos países con los cuales tenemos un déficit sostenido y creciente, bajo la consigna, si se nos permite, de hacer con ellos más comercio y menos política de enfrentamiento.

Pero con el TLC no se trata exclusivamente de no perder, sino de ganar, como lo ha argumentado y documentado suficientemente el Gobierno en la exposición de motivos, y que no es necesario repetir aquí. Esto, por supuesto, requiere de un compás de espera, pero sobre todo de mucho trabajo conjunto entre el sector público y el sector privado, y de un voto de confianza de todos los colombianos.

Al final, si se quiere, las oportunidades y amenazas, las debilidades y fortalezas que tenemos de cara frente al TLC con los Estados Unidos, y con los otros acuerdos comerciales que el Gobierno tendrá necesariamente que suscribir con otros países del orbe, deben ser la agenda de Estado que aglutine la

voluntad y el tesón de los colombianos para demostrar la grandeza que se nos ha embolatado en enfrentamientos inútiles y fratricidas. ¿Por qué negarle esta oportunidad al país?

5. **Experiencias internacionales-**

Los Ponentes consideramos conveniente evaluar las experiencias internacionales en materia de tratados comerciales con los Estados Unidos. Este es un complemento necesario del argumento general ya expuesto sobre el mayor crecimiento observado en las economías que se insertan activamente en la economía globalizada.

También es conveniente evaluar qué acciones están adoptando los países del vecindario latinoamericano frente a la globalización y muy especialmente aquellos que compiten con las exportaciones colombianas en nuestros principales mercados. Por último, es importante despejar dudas sobre la conveniencia de realizar acuerdos entre países desarrollados y subdesarrollados, o lo que en el argot de la economía internacional se denomina acuerdos Norte-Sur.

El comercio de los países que firmaron TLC con Estados Unidos.

Uno de los temores que han formulado diversos analistas frente al TLC con Estados Unidos es el de perder los mercados de exportación por no tener la competitividad que permita aprovechar los potenciales de acceso preferencial que se obtuvieron en la negociación; adicionalmente, y por la misma razón, existe el temor de que la producción nacional sea desplazada por la producción norteamericana.

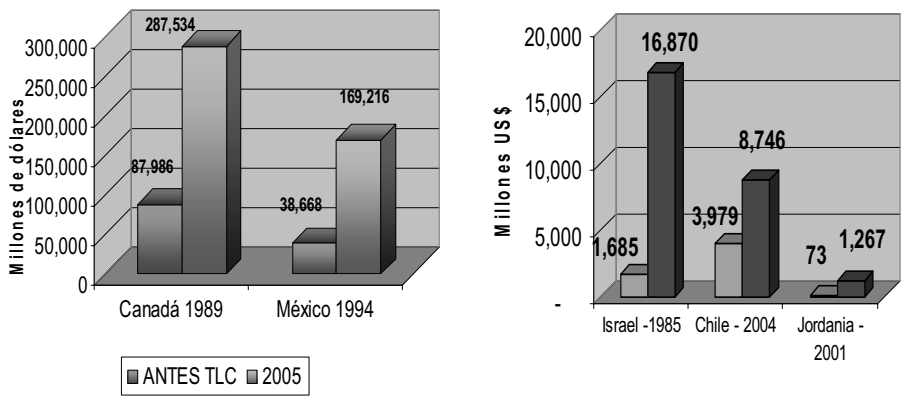
En ambos casos, la evidencia de países que ya tienen en vigencia sus tratados comerciales con los Estados Unidos demuestra contundentemente que esos temores son infundados.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que Colombia exportó a los Estados Unidos en 2006 cerca del US$10 mil millones, que es la cifra más alta en nuestra historia económica. Ese nivel se logra con una mayor diversificación de sus exportaciones a ese mercado; en 1997 Colombia exportó a Estados Unidos por 1.280 partidas (a 10 dígitos), mientras que en 2004 lo hizo por 2.199, lo que muestra un importante avance en diversificación. Además, en ningún producto exportado a los Estados Unidos es Colombia el único proveedor, lo que significa que en el mercado de cada producto tiene que competir con los productores más eficientes del mundo; por ejemplo en productos como las confecciones compiten alrededor de 140 países. Por lo tanto, Colombia cuenta hoy con niveles de competitividad que le permitirán obtener beneficios en el corto plazo y mejorarlos en la medida en que supere los cuellos de botella de la productividad y la competitividad.

En segundo lugar, la experiencia de otros países muestra que el aprovechamiento de las ventajas de acceso preferencial en el corto plazo se refleja en crecimiento de las exportaciones en mayor medida que el crecimiento observado en sus importaciones desde Estados Unidos.

Se observa en el gráfico siguiente el notable crecimiento de las exportaciones de cinco países que tienen TLC vigente con Estados Unidos. México multiplicó 4.4 veces sus exportaciones en 11 años, mientras que Canadá lo hizo por 3.3 en 16 años, e Israel en 10.6 veces en 20 años. El mismo comportamiento se registra en los casos más recientes: Chile las multiplicó 2.2 veces en 1 año, y Jordania 17.4 veces en 4 años.

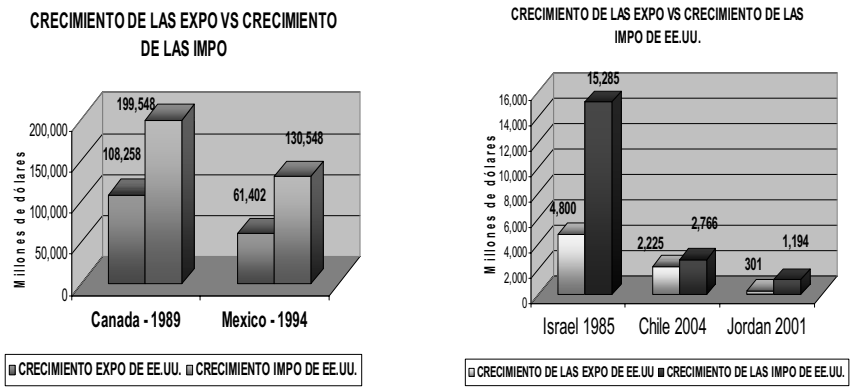
Exportaciones hacia Estados Unidos antes y después del TLC



Fuente: Araújo Ibarra

Por el lado de las importaciones desde Estados Unidos, la evidencia de ese grupo de países muestra que su crecimiento fue inferior al de las exportaciones; en conjunto, estos países crecieron sus exportaciones en US$349 mil millones, mientras las importaciones lo hicieron en US$176 mil millones (ver gráfico siguiente).

Importaciones desde Estados Unidos antes y después del TLC



¿Qué están haciendo los vecinos?

Un punto de partida elemental en el análisis de los acuerdos comerciales es entender que Colombia no está aislada del resto del mundo y que el país no es el único productor mundial de los productos que exporta. Esto significa que los empresarios nacionales deben competir con los de muchos otros países en los mismos mercados.

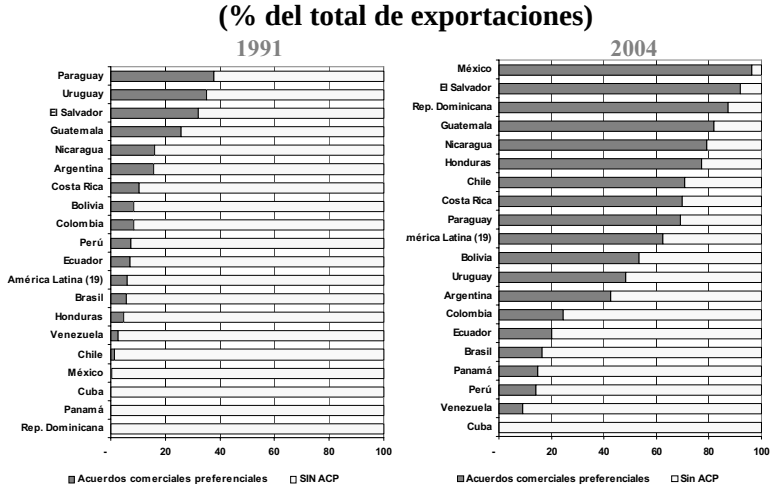
En ese contexto, cabe preguntarse qué ocurre si Colombia opta por no negociar acuerdos comerciales con otros países, mientras que los competidores mantienen políticas de liberalización del comercio y de negociaciones con sus socios comerciales.

Una respuesta real a ese interrogante se encuentra en el análisis de las decisiones que están tomando los países del vecindario latinoamericano. Investigadores de la CEPAL señalan que hasta el 2005 existían más de 40 acuerdos en el hemisferio, sin incluir las preferencias unilaterales ni los acuerdos parciales bajo los esquemas de integración de la ALADI y que la dinámica de las negociaciones se ha acelerado en los años recientes[22] .

En términos generales, América Latina sigue la dinámica de acuerdos comerciales observada en el mundo en los años recientes. El gráfico siguiente muestra que en 1991 el acceso preferencial para las exportaciones de los países de la región era inferior al 50% y que ese acceso se concentraba en acuerdos comerciales intrarregionales, es decir, entre países de América Latina. Los países con mayor acceso preferencial eran Uruguay, Paraguay y El Salvador, con cerca del 40% de sus exportaciones. Chile y México prácticamente no contaban con acceso preferencial y Colombia sólo lo tenía para el 8% de las exportaciones.

Ese panorama cambió radicalmente en los siguientes 13 años. El gráfico muestra que en 2004 el 62% de las exportaciones de América Latina se realizaron bajo acuerdos preferenciales y que 11 de los países de la región exportaron más del 50% en esas condiciones. Los avances más notables se observan en México, Chile, los países de Centro América y República Dominicana, que en todos los casos superan el 70% de sus exportaciones bajo acuerdos comerciales[23] . Colombia, por su parte, avanzó hasta cerca del 25% de las exportaciones bajo condiciones preferenciales, pero se mantiene lejos del promedio de América Latina y de los países de mayor avance.

Flujos de exportaciones de América Latina mediante acuerdos preferenciales de comercio en 1991 y en 2004
(% del total de exportaciones)



Fuente: Kuwayama y otros (2005); página 25.

22 Mikio Kuwayama, José Durán y Verónica Silva (2005) "Bilateralism and Regionalism: Re–establishing the Primacy of Multilateralism a Latin America and Caribbean Perspective". CEPAL *Serie Comercio Internacional N° 58*; Santiago de Chile, diciembre.

23 Los cálculos de la CEPAL incluyen para el 2004 las negociaciones terminadas en diciembre 31 de ese año, aun cuando no hubieran entrado en vigencia. Para el caso del Cafta y de Chile-Estados Unidos esto significa que se contabilizan sus exportaciones de 2004 a ese país como preferenciales, pese a que todavía no se tenían efectos reales de los TLC.

Obsérvese que los avances más notables corresponden a países que tienen tratado de libre comercio con los Estados Unidos y a su vez compiten con numerosas exportaciones colombianas en ese mercado. Esta es una razón fuerte para comprobar que con el TLC se pretende no sólo consolidar y profundizar el acceso al mercado de los Estados Unidos, sino, además, no perder terreno frente a Centroamérica, recuperarlo frente a México, que tiene en vigor su TLC hace una década, y tener una mejor posición para dar la batalla frente a China, el más formidable de nuestros competidores.

¿Son convenientes los acuerdos Norte-Sur?

Detrás del gráfico anterior hay otro aspecto de interés; la mayor parte del avance en el acceso preferencial de las exportaciones se explica por los acuerdos comerciales extrarregionales, es decir, los realizados con países diferentes a los latinoamericanos. En efecto, mientras que las exportaciones mediante acuerdos intrarregionales pasaron del 6.1% al 11.9% para el conjunto de América Latina, las realizadas mediante acuerdos extrarregionales pasaron del cero al 50.5%. Estos acuerdos se han negociado básicamente con países desarrollados –como Estados Unidos, la Unión Europea, EFTA, Canadá, Japón y Nueva Zelandia–, aun cuando también se han logrado acuerdos con países subdesarrollados –como China, Corea, Brunei y Taiwan.

No queda duda, que las economías latinoamericanas se están moviendo en la búsqueda de acceso preferencial permanente para sus exportaciones y que no han optado por políticas proteccionistas, sino por la inserción activa en la economía globalizada. Es evidente que el aumento de los acuerdos comerciales extrarregionales responde a la importancia relativa de esos mercados para los productos de la región.

En un trabajo reciente, el economista Sala i Martin revisó la literatura especializada enfocada en análisis empíricos sobre los acuerdos comerciales entre países con niveles de desarrollo similar (norte – norte y sur – sur) y diferente (norte – sur)[24]. Definir las ventajas de unos y otros se hace con referencia al balance entre el desplazamiento de comercio con algunos socios comerciales y la creación de más comercio como resultado del acuerdo.

El economista señala que: "*El argumento del desplazamiento de comercio tiende a ser especialmente fuerte en los acuerdos regionales de comercio entre países ricos (como la Unión Europea) o entre países pobres (Mercosur). Los acuerdos regionales de comercio que involucran naciones ricas y pobres (o norte – sur) tienden a ser creadores de comercio*" (página 4). Es claro que todos los acuerdos comerciales tienden a generar comercio, pero la evidencia empírica demuestra que ese impacto es mayor en los acuerdos entre países con diferente nivel de desarrollo.

Con relación Colombia, Sala i Marti afirma: "*Es muy difícil afirmar si el crecimiento del comercio será causado por desplazamiento o por creación. Dado que Estados Unidos es el principal socio comercial de Colombia y dado que esa es una economía rica y eficiente, es muy probable que el TLC entre Colombia y Estados Unidos no sólo no genere desviación de comercio, sino que puede 'deshacer' la desviación que pudieron causar los tratados con otros socios*". Sin duda son evidencias adicionales a favor del tratado de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos.

Los Ponentes consideramos de gran importancia ese concepto, así como la conclusión que saca Sala i Martin al evaluar la conveniencia para Colombia de la firma del TLC con los Estados Unidos:

"*Aun cuando el TLC claramente será bueno para Colombia, el Gobierno debe asegurar que adoptará políticas complementarias que garanticen a los potenciales perdedores una red de seguridad, que las regiones desarticuladas serán articuladas (es decir, que ellas también podrán obtener beneficios de la mayor integración) y que serán adoptados otros elementos que ayuden a promover el crecimiento económico y la competitividad*" (página 14).

De ahí la importancia que los Ponentes y otros honorables Congresistas damos al tema de la agenda interna.

6. **Consideraciones generales sobre la salud en el TLC**

La falta de acceso a medicamentos es un grave problema social. En Colombia, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años por aumentar la cobertura en salud, cerca de la mitad de la población carece de acceso suficiente a estos bienes esenciales porque no pertenece a ninguno de los sistemas de salud o no puede pagar los remedios que los sistemas no suministran. Esta situación es particularmente grave en las enfermedades de alto costo como el SIDA y el cáncer.

Se comprende la preocupación de sectores de la población, de la industria farmacéutica productora de genéricos, de las organizaciones internacionales de salud y de la iglesia católica colombiana reflejada en sus advertencias sobre los efectos del TLC sobre la salud de la población y que el tema haya trascendido como uno de los principales en el debate del tratado.

En aras de ilustración se compendian las principales críticas y advertencias realizadas:

Según estudios realizados por la OMS-OPS y la Fundación IFARMA, entre otros, de aprobarse el TLC como un todo en Colombia se generarían los siguientes impactos económicos y sanitarios: 1. Fuerte incremento de la cantidad de principios activos protegidos (con patente o con protección de datos) y, por ende, de la participación de las multinacionales en el mercado farmacéutico nacional. Hoy los principios activos protegidos representan únicamente el 4% del mercado. Con el TLC podrán llegar al 60%. 2. Aumento del 30 al 40% del precio promedio de los medicamentos. 3. Si se desea mantener el mismo nivel de consumo actual, será necesario incrementar el gasto en salud en alrededor de 500 millones de dólares anuales hacia el 2010 y en más de 900 millones de dólares anuales hacia el 2020. 4. De no haber el dinero necesario para atender este sobrecosto, alrededor de cinco millones de colombianos de ingresos medianos y bajos podrían perder acceso a los medicamentos necesarios, con los efectos sanitarios inherentes. 5. En VIH-SIDA, por ejemplo, se podría llegar a un nivel de monopolio superior al 81%, un aumento del precio de los ARV del 42%, un incremento del gasto en salud de más de 13 millones de dólares anuales, y, de no haber los recursos para atender este sobrecosto, perderían acceso a los ARV más de 3.000 pacientes anuales hacia el 2010 y más de 12.000 anuales hacia el 2020, los cuales verían reducida su esperanza de vida entre 5,3 y 9,9 años. 6. Otras enfermedades de alto costo podrían registrar efectos igualmente fatales.

Estudios de la Universidad Nacional sobre Bogotá, del Ministerio de Salud peruano sobre el Perú y de la CORDES sobre Ecuador, coinciden, guardadas proporciones por tamaño del mercado, con los anteriores cálculos.

Otros estudios discrepan de los citados. Por ejemplo un trabajo de FEDESARROLLO[25] concluye que las medidas contenidas en el TLC no endurecen la legislación de protección a los laboratorios multinacionales y, por tanto, no producirá ningún impacto sobre el acceso a medicamentos y la salud pública.

El Gobierno Nacional ha respondido a estas críticas a través de dos documentos para dar claridad sobre el tema: la denominada **"ayuda de memoria de la reunión sostenida en la oficina del representante comercial de Estados Unidos, USTR, sobre propiedad intelectual**" del día 16 de febrero de 2006 firmada por el señor Presidente de la República doctor Álvaro Uribe Vélez, el Ministro de Protección Social y el Ministro de Comercio Industria y Turismo y, un segundo documento en respuesta al Cardenal Pedro Rubiano Sáenz, Arzobispo de Bogotá, fechada el 14 de febrero de 2007, firmada por el Ministro de Protección Social.

La Ayuda de memoria consiste en un resumen conclusivo de una reunión celebrada en Washington en febrero 16 de 2006, en la cual el Señor Presidente Uribe acordó con la Oficina del Representante Comercial de EE.UU. (USTR), algunos "entendimientos" dirigidos a contrarrestar los impactos de algunas de las normas aquí citadas, siendo de destacar los siguientes:

1. Colombia puede adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública en relación con cualquier área del Capítulo de Propiedad Intelectual, incluyendo patentes y la protección de datos de pruebas.

2. Dentro del marco del Tratado quedó claro que Colombia no estaría obligada a patentar métodos de uso o segundos usos.

3. En relación con el ámbito de la información que da derecho a la protección de datos de pruebas, Victoria Spinel ratificó que en el marco del Tratado no existiría ningún problema, si Colombia lo sigue haciendo tal y como lo hace actualmente a la luz del decreto 2085 de 2002.

4. La aplicación de la figura del agotamiento sí podría aplicarse en Colombia, sin necesidad de cambiar ninguno de los procedimientos que actualmente están vigentes. La funcionaria manifestó que no habría razón para que se objetara la inclusión de dicha figura en las normas colombianas de datos de pruebas, incluso si se hiciera inmediatamente.

En cuanto a la carta de respuesta al señor Cardenal Pedro Rubiano Sáenz, el Gobierno realiza algunas claridades y anexa información con el fin de seguir resolviendo las dudas que sobre el tema existen, destacando que el Gobierno considera que la fuente principal de obligación, entiéndase en Tratado, es lo suficientemente clara y ratifica lo determinado en la denominada "Ayuda de Memoria", la cual podrá ser usada solo en caso de que exista alguna duda sobre el texto, y es una reafirmación del alcance de las normas contenidas en el correspondiente capítulo.

24 Xavier Sala i Martin (2006) "Economic Integration, Growth, and Poverty: Prospects for the Colombia–US Free Trade Agreement". *Policy Brief*, Interamerican Development Bank; November.

25 FEDESARROLLO, "Estudio sobre la Propiedad Intelectual en el Sector Farmacéutico Colombiano", junio de 2005.

Los ponentes aceptamos como válidos, los argumentos del Gobierno Nacional y la interpretación que confieren en cuanto al tema de medicamentos, y en ese sentido compartimos esas interpretaciones que motivan la ponencia favorable en el tema.

En cuanto a los genéricos, entendemos que estos cumplen un trascendental rol en la garantía del acceso real a las medicinas y se ha demostrado que la mejor manera para bajar efectivamente los precios y mejorar el acceso es la estimulación de la oferta de medicamentos genéricos[26] (de marca nacional y con denominación genérica), los cuales pueden comercializarse al finalizar una patente y provocan un descenso en el precio del fármaco entre 22 y 80%, dependiendo del número de competidores que entran al mercado. En Colombia los genéricos cuestan apenas la cuarta parte que los medicamentos de marca internacional, en promedio, y en casos puntuales hasta 35 veces menos.

Sin embargo a lo largo de las discusiones del Tratado, se han escuchado criticas a los resultados obtenidos en cuanto a los genéricos, en estas se afirma que un análisis al texto del TLC suscrito entre los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos indica que el Acuerdo fortalece el estándar de propiedad intelectual vigente mediante el establecimiento de dos nuevos instrumentos cuyo objeto es retrasar la oferta de las versiones genéricas de los medicamentos del futuro, tales como:

1. *Extensión de las patentes* para compensar demoras en su proceso de otorgamiento y para compensar el tiempo que demande el proceso de autorización sanitaria. En EE.UU. esta última compensación tiene un tope de 5 años, en el TLC no. En EE.UU. el "plazo efectivo" de las patentes, esto es, el que va desde la fecha del permiso de comercialización del producto hasta el vencimiento de la patente, no puede exceder de 14 años, en el TLC no tiene tope.

2. *Vínculo patente-registro sanitario.* En EE.UU., donde rige esta figura desde 1984, ha generado demoras en el ingreso de los genéricos al mercado de más de 5 años.

Adicionalmente estas críticas afirman que el Tratado contiene un sistema de *protección exclusiva de datos* más restrictivo de la competencia que el consagrado en el Decreto 2085 de 2002, ya que extiende la protección a los datos divulgados, define una protección de "al menos 5 años", lo que podría llevarnos a un plazo mucho mayor, y omite las excepciones que estableció el citado Decreto para mitigar los efectos de la medida.

De igual manera plantean que el TLC restringe el *uso del nombre genérico,* lo que podría privar al consumidor de un instrumento necesario para poder elegir libremente los medicamentos y útil para la contención de los costos de la salud.

Finalmente concluyen que dependiendo de la interpretación que se dé a ciertas disposiciones, por virtud del Tratado el país podría quedar obligado a otorgar *patentes de usos de medicamentos y patentes para desarrollos terapéuticamente insignificantes de moléculas que ya están en el mercado,* lo que incrementaría enormemente la cantidad de productos protegidos, para perjuicio de la población de escasos recursos.

Consideramos que las aclaraciones por parte del Gobierno, anteriormente expuestas, entiéndase la "ayuda de Memoria" y la respuesta al señor Cardenal, permiten avalar la interpretación oficial dada al tema, brindando así garantías a los colombianos en el tema de salud, donde se entiende que esta no se verá afectada por el Tratado, y desestimando los argumentos en cuanto al acceso a medicamentos, los ponentes damos un voto positivo a este proyecto de ley.

Finalmente ante las informaciones difundidas ampliamente sobre las peticiones del Congreso Norteamericano para revisar en el tema del Acuerdo Comercial, solo en tal evento, y para mayor claridad nos permitimos sugerir incorporar al tratado las siguientes interpretaciones respecto al tema:

1. Concíbase el Capítulo Dieciséis (XVI) del Tratado, referente a los Derechos de Propiedad Intelectual, bajo los siguientes entendidos:

a) Colombia podrá adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública en relación con cualquier área del capítulo de propiedad intelectual, incluyendo patentes y la protección de datos de pruebas;

b) Ninguna de las disposiciones impedirá que Colombia aplique la "Declaración de Doha" y los artículos 7° y 8° del "Acuerdo Sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio-ADPIC- de la OMC, todo lo cual primará sobre las obligaciones del Tratado.

2. Concíbase el Capítulo Dieciséis (XVI) del Tratado en el entendido que ninguna de las disposiciones allí contenidas obliga a Colombia a patentar métodos de uso o segundos usos de medicamentos, ni a otorgar patentes a los desarrollos triviales, carentes de significación terapéutica, de moléculas conocidas.

El Capítulo Dieciséis (XVI) del Tratado opera bajo el entendido que la figura del agotamiento del derecho de protección de la información sobre seguridad y eficacia de un nuevo producto, regulado en la parte final del artículo 16.10.1.B.(ii), podrá aplicarse en Colombia a toda aprobación de comercialización de un producto farmacéutico, cualquiera que sea el procedimiento de aprobación que se utilice.

V. **LOGROS DEL TRATADO**

En una negociación de la envergadura del TLC con los Estados Unidos son numerosos los temas abordados. Para todos ellos el Gobierno se fijó unos objetivos claros que fueron socializados con la debida oportunidad.

Para definir esos objetivos, el equipo negociador aplicó una metodología que permitió la identificación de más de 400 intereses de Colombia. Esa labor de identificación se realizó en un trabajo conjunto con el sector privado. Los resultados del ejercicio fueron puestos a disposición de los ciudadanos en la página de Internet del Ministerio, desde el momento mismo en que fueron validados con el sector empresarial. Recientemente la firma privada Araujo Ibarra & Asociados realizó una evaluación de las matrices de intereses con relación a lo que finalmente quedó en la negociación. Según esta evaluación, se alcanzó plenamente el 86% de los objetivos propuestos, el 9% se obtuvo parcialmente y no se logró el 5% de ellos. Este último aspecto lo explicó Jorge Ramírez Ocampo en los siguientes términos:

"La evaluación que presentamos hoy concluye que sólo el 5% de estos objetivos no se logró. Sin embargo, en ningún de esos casos se sacrificaron intereses vitales del país. Más aún, en algunos de los objetivos no logrados se reflejaban posiciones contrarias a las de Estados Unidos; que no eran prioritarias para Colombia, pero fueron defendidas arduamente como estrategia de negociación y se entregaron para lograr otras metas que sí eran fundamentales. Esto es normal en cualquier negociación y fue un procedimiento que utilizó Estados Unidos en casos que no representaban intereses fundamentales suyos, como fue el caso de la propuesta de liberación a 5 o 10 años de algunos de nuestros principales productos de exportación, que ya se habían liberado en el ATPDEA. Al final, ellos accedieron a colocarlos en la Canasta de liberación inmediata"[27].

Los logros del TLC se pueden agrupar en aquellos de carácter general y en los obtenidos por sectores.

1. **Beneficios generales.**

El TLC crea un marco normativo de largo plazo, promoviendo así la inversión nacional y extranjera. A diferencia del ATPDEA, el TLC es un instrumento permanente que no requiere renovaciones periódicas y por ende, hace estables y predecibles las reglas del juego del comercio de bienes y servicios entre los dos países.

Mientras que el ámbito de las preferencias unilaterales de ATPDEA se limita al área de los bienes, el TLC cubre también a los servicios, las compras públicas y las inversiones extranjeras.

A diferencia del esquema de preferencias unilaterales de ATPDEA, el TLC prevé mecanismos jurídicos de solución de controversias que le permiten a Colombia tener una mayor garantía de cumplimiento de las obligaciones de la contraparte.

Además, se logra mayor acceso del aparato productivo colombiano a la adquisición de bienes de capital, fundamentalmente maquinaria y equipo importados de los Estados Unidos por la eliminación inmediata de la gran mayoría de los aranceles (entre 5% y 20%). El efecto será un incremento de competitividad para todo el aparato productivo nacional tanto industrial como agropecuario.

El esquema de desgravación arancelaria acordado para el ámbito industrial maximiza las oportunidades competitivas de nuestro aparato productivo. En este sentido, se abre el acceso libre de aranceles para el 99% de los productos de exportación colombiana de manera inmediata y Colombia otorga desgravación inmediata para el 82% de nuestras importaciones de EE.UU., la mayor parte bienes de capital o bienes no producidos en el país.

Se acordó un capítulo de inversión que respeta todas las restricciones impuestas por la Constitución Política en la materia y que contiene disposiciones de estabilidad jurídica que nos implica disciplina institucional recíproca, muy

---

26 De conformidad con estudios de la OMS, OPS, MSF, AIS y OXFAM. A nivel nacional Fedesarrollo, Ifarma y Misión Salud, entre otras.

27 Jorge Ramírez Ocampo (2006) "Presentación de la matriz de intereses de Colombia en la negociación del TLC con Estados Unidos". Araújo Ibarra & Asociados. Este documento y el análisis detallado de las matrices están disponibles en la página http://portal.araujoibarra.com/matriz-tlc/matriz-tlc-1.

favorable para los inversionistas colombianos en EE.UU. y para atraer inversión hacia Colombia.

Colombia preserva su discrecionalidad para continuar con la aplicación de instrumentos de promoción de las exportaciones, como el llamado Plan Vallejo para insumos y materias primas y las zonas francas.

Los consumidores serán uno de los grupos más beneficiados con este tratado. En todos los segmentos de la economía los consumidores tendrán mayores opciones en términos de calidad y precio, con lo cual se incrementará el poder adquisitivo de los colombianos.

2. **Beneficios por sectores.**

Servicios profesionales.

El TLC entre Colombia y EE.UU. trae beneficios importantes para los servicios profesionales en Colombia. La creación de un Grupo de Trabajo para Servicios Profesionales dentro del TLC ofrece un marco permanente para que los cuerpos profesionales de Colombia y Estados Unidos realicen trabajos en materia de reconocimiento mutuo y desarrollo de estándares para licenciamiento. Aunque el TLC ha identificado los sectores de ingeniería y arquitectura como prioritarios, otros sectores tales como los servicios de salud y de consultoría, podrán utilizar este marco en el futuro para impulsar acuerdos en estas materias.

Confecciones.

La consolidación de las preferencias arancelarias consignadas en el ATPDEA es fundamental para asegurar e incrementar la participación de las confecciones colombianas en el mercado de EE.UU. y hacer frente a la creciente competencia mundial que se observa a partir de la terminación del Acuerdo Multifibras a comienzos de 2005.

Esta consolidación es crucial, pues no sólo genera las señales de estabilidad de largo plazo necesarias para incrementar el flujo de inversión, sino que permite crear condiciones de competitividad para enfrentar retos comerciales como los que significan China, India y Centroamérica con Cafta.

Por ejemplo, es muy importante resaltar que se logró una mejoría en la regla de origen para las exportaciones de brasieres. La nueva norma confiere preferencias inmediatas a brasieres que hayan sido cortados y cosidos en Colombia, mientras que la norma anterior era mucho más restrictiva.

Gracias al TLC se eliminan los aranceles de las confecciones para el hogar. Esta línea de mercado no había sido incluida en el ATPDEA y la desgravación inmediata abre importantes oportunidades comerciales para Colombia.

Además, el tratado genera mejores condiciones de acceso a materias primas como el algodón, lo que implica mayor competitividad para nuestra industria textil.

El TLC, a diferencia del ATPDEA, abre la posibilidad de acordar en los próximos meses la figura de la acumulación, una figura que permite incorporar como regionales, insumos de países no miembros del acuerdo. Esta figura es muy importante para Colombia pues permite acceder en condiciones favorables de competitividad a insumos tan importantes para nuestra industria como es el denim.

Plástico y manufacturas.

Los insumos y materias primas de origen estadounidense, que son de gran importancia para la industria y los transformadores nacionales, serán objeto de una desgravación inmediata en Colombia.

Las reglas de origen más flexibles permiten incorporar insumos de la región o de terceros países a productos beneficiarios de las preferencias, mejorando las condiciones de competitividad para nuestra industria. Cabe resaltar que dentro de las empresas manufactureras de este sector hay una gran representatividad de las Pymes.

Cerámica.

El acuerdo ofrece mejores condiciones de acceso al mercado americano de productos de cerámica. Esto permite consolidar el mercado que las empresas colombianas han ido abriendo en productos tales como baldosas, lavamanos y otros implementos cerámicos.

Calzado y artículos de cuero.

La consolidación de los beneficios ATPDEA es fundamental para asegurar los mercados para productos colombianos pues permitirá mantener la competitividad de los productos del sector y fomentar inversión de largo plazo.

El TLC incluye algunos tipos de calzado (calzado hecho con materias primas sintéticas) que habían sido excluidos del ATPDEA y que producto del tratado podrán exportarse con cero arancel luego de finalizar el período de desgravación.

Es de resaltar que en este sector de la economía la gran mayoría de las empresas hace parte del segmento Pyme.

Tabaco y cigarrillos.

Es uno de los sectores que mejor aprovechamiento ha hecho de las preferencias ATPDEA. Este sector genera gran valor agregado pues es intensivo en mano de obra rural y está integrado con la industria exportadora de cigarrillos.

El TLC ha conseguido una regla de origen flexible para productos de tabaco que le permitirá al país consolidar su mercado de cigarrillos en Estados Unidos mientras la producción interna de tabaco se incrementa para satisfacer la demanda exportadora.

Flores y plantas vivas.

La consolidación de los beneficios arancelarios contenidos en el ATPDEA permitirá mantener la competitividad de la floricultura colombiana y asegurar inversión de largo plazo.

Además, la mayor agilidad en los procesos de revisión sanitaria y fitosanitaria que traerá el TLC, permitirá el acceso a nuevos segmentos de mercado como el de plantas vivas y ornamentales.

Frutas y hortalizas.

La consolidación de las preferencias del ATPDEA es muy importante para mantener la entrada al mercado estadounidense sin aranceles.

Mejoras en el proceso de análisis sanitario y fitosanitario permitirán que los exportadores colombianos puedan llegar a los mercados de EE.UU. de una forma más expedita, cumpliendo, eso sí, con los estándares científicos exigidos por las autoridades en la materia.

Países que ya tienen TLC con Estados Unidos, como Chile, han visto en las frutas y hortalizas los segmentos en los que más ha crecido su oferta agrícola de exportación. Incluso, se han logrado desarrollar producciones de muy alta calidad y cantidad en sectores en los que antes del TLC no había ningún comercio registrado, como el caso del tomate y aguacate en México.

Grasas y aceites.

Existe una demanda creciente por grasas tropicales con menores contenidos de ácidos trans, dentro de los cuales los productos colombianos como la palma tienen un enorme potencial. Se espera un mayor acceso para los productos colombianos tanto las materias primas, como nuestros productos terminados.

Combustibles y aceites.

EE.UU. tiene una creciente demanda por combustibles obtenidos de fuentes diferentes al petróleo. Para Colombia es muy importante la consolidación de las preferencias incluidas en el ATPDEA referentes al etanol y abrir acceso para los combustibles generados a partir de la palma.

El TLC consolida el mercado que ha surgido para la exportación colombiana de fuel-oil, un producto derivado del petróleo. Adicionalmente, se ha logrado una norma de origen flexible que permite incorporar materia prima de países no miembros del acuerdo.

Café.

El TLC trae beneficios para el café de Colombia a través de los siguientes resultados:

– La regla de origen restringe las preferencias a café tostado totalmente obtenido en la región, promoviendo así el uso de nuestro café. Sólo un máximo de 150 toneladas (contingente cerrado) de café no originario podrán ser importadas a Colombia con preferencias.

– El TLC preserva la permanencia de los mecanismos de control de calidad para exportaciones de café, exceptuándolos de las disciplinas sobre la eliminación de restricciones a las exportaciones.

– Colombia introdujo una reserva que garantiza la permanencia de la contribución cafetera que se causa a las exportaciones de café, dando así certeza jurídica a la permanencia de este tributo para el sector.

– Un intercambio de cartas entre los Ministros de Comercio garantiza reuniones de seguimiento con miras a buscar alternativas y acciones para la mejor protección de la marca de Café de Colombia en Estados Unidos.

3. **Micro, pequeñas y medianas empresas.**

Este segmento empresarial, de gran importancia en Colombia para la generación de empleo, obtuvo importantes beneficios con el TLC. Uno de ellos es la disminución de costos de maquinaria, equipo, insumos y materia prima importada de los Estados Unidos por la eliminación inmediata de la gran mayoría de los aranceles (entre 5% y 20%). El efecto será un incremento de competitividad que debe redundar en mayores exportaciones de este segmen-

to de la economía y mayor capacidad para preservar su mercado interno. La disminución de aranceles también abre nuevas opciones de proveedores de insumos, mejorando la capacidad negociadora de las Pymes.

Adicionalmente, por primera vez en un TLC, EE.UU. aceptó la creación de un mecanismo especial de revisión de los impactos del tratado para las Mipymes. Este mecanismo permite recolectar información y aportes directamente de los microempresarios y sus asociaciones, desarrollar planes de trabajo focalizados en las necesidades de las Mipymes y formular las recomendaciones correspondientes a la Comisión Administradora del Tratado.

En el tratado quedó una reserva para Pymes en Compras Públicas, con una asimetría a favor de Colombia. Estados Unidos puede reservar para sus Pymes compras o contrataciones individuales hasta por US$100.000 y Colombia puede reservarlas hasta por US$125.000.

Por último, también hay un beneficio con la creación del Grupo de Trabajo sobre Servicios Profesionales para trabajar en estándares para el licenciamiento y certificación de proveedores de estos servicios, reconocimiento mutuo de cuerpos profesionales y sobre otros asuntos relacionados de interés mutuo que faciliten la exportación de estos servicios. Este tema es fundamental para muchas Pymes que venden servicios profesionales, el reconocimiento de títulos hace la diferencia en términos de acceso al mercado de los EE.UU.

4. **Productos agropecuarios.**

El Tratado de Libre Comercio abre enormes oportunidades para el sector agropecuario colombiano.

Ambito sanitario y fitosanitario.

En la negociación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias se logró negociar un grupo de reglas de juego claras para apoyar el acceso real de nuestra producción agropecuaria y agroindustrial. EE.UU. se comprometió a dar una atención oportuna a las solicitudes colombianas, a tomar en cuenta las evaluaciones técnicas hechas en nuestro país y a proveer cooperación técnica para poner nuestros sistemas en el nivel requerido para tener acceso real a su mercado.

Carne de bovino.

Colombia obtuvo la confirmación de la preferencia ATPDEA para el contingente de carne de los Estados Unidos. Este es un contingente de 60.00 toneladas del cual sólo se llena la mitad, o sea que en principio se pueden usar aproximadamente 30.00 toneladas, libres de arancel, de ese contingente. Los países con que se comparte el contingente pagan el arancel de nación más favorecida de 26%.

Colombia logró una cuota preferencial para exportar 5,000 toneladas de carnes industriales. Este contingente se puede utilizar una vez se haya llenado el contingente anterior.

Se negoció la desgravación inmediata para carnes finas.

Lácteos.

Colombia logró una cuota de acceso preferencial de 9,000 toneladas de productos lácteos, la mayoría de las cuales (4,600 toneladas) concentradas en quesos, nuestro mayor potencial de exportación. También tienen un peso importante en la cuota las mantequillas (2.000 toneladas) y otros productos lácteos como leches saborizadas (2.000 toneladas).

La negociación sanitaria permitirá materializar en el corto plazo estas oportunidades comerciales.

Oleaginosas.

En materia de oleaginosas Colombia logró una negociación que refleja el balance entre la necesidad de proteger nuestra producción interna para consolidar nuestras ventajas comparativas y obtener acceso rápido para nuestros productos.

Los aceites y grasas se desgravarán en cinco años a partir del arancel base promedio entre 2001 y 2004 que para estos productos está entre el 23 y el 26%.

Para el aceite crudo de soya se abrió un contingente de importación de 30,000 toneladas con una tasa de crecimiento del 3% anual. Este producto se desgravará a 10 años a partir de un arancel base de 24%.

El fríjol y la torta de soya, productos que Colombia ya importa, tendrán desgravación inmediata.

Arroz.

Este fue el producto que mayor protección y plazo de desgravación obtuvo en la negociación. Se logró una protección de 19 años, con 6 años de gracia durante los cuales el arancel se mantendrá en su nivel inicial. El arancel base quedó en 80%. Este mismo arancel se seguirá aplicando durante los primeros 6 años de entrada en vigencia del acuerdo y sólo después se desgravará linealmente. La combinación de estos instrumentos implica un umbral de protección efectiva de casi 15 años. Adicionalmente, se acordó una salvaguardia especial agropecuaria de cantidad, aplicable durante todo el período de desgravación.

Colombia otorgó un contingente de importación de EE.UU. de 79,000 toneladas en términos de arroz blanco. Los productores nacionales podrán participar de las rentas que surjan de la administración de este contingente pues se acordó usar para el efecto una figura que usa EE.UU. con Europa (Export Trading Company). Es un esquema de subastas que genera recursos importantes de los cuales podrán participar los arroceros colombianos.

El Gobierno es consciente de la importancia de apoyar al sector arrocero para enfrentar la competencia. Por ello, dentro del programa "Agro, Ingreso Seguro" se han definido ayudas internas para este producto.

Maíz.

Colombia importa la mayor parte del maíz que consume el país, por ende la negociación tendrá primordialmente un efecto de desviación de comercio, es decir, los importadores aumentarán sus compras desde EE.UU. y disminuirán las que hacen de otros países.

Colombia ofreció un contingente de importación de maíz amarillo de 2 millones de toneladas con una tasa de crecimiento de 5% anual, mientras la demanda interna crece a una tasa superior al 7% anual.

Las importaciones fuera del contingente se harán con un arancel base de 25% que se desgravará en 12 años.

La cuota de importación del maíz blanco se acordó en 130,000 toneladas con una tasa de crecimiento del 5%. No se acordaron salvaguardias.

Dentro del programa "Agro, Ingreso Seguro" se ha puesto especial énfasis en las ayudas para el maíz.

Cuartos traseros de pollo.

Los retos comerciales impuestos por las diferencias entre los patrones de consumo de pollo entre Estados Unidos y Colombia, hacen de los cuartos traseros de pollo uno de los productos de mayor sensibilidad. En el TLC se lograron flexibilidades que se reflejan en uno de los mayores niveles de protección dentro del tratado.

Para los cuartos traseros de pollo frescos, se negoció partir la desgravación de un arancel base de 164.4% y llevarla a cabo en 18 años con 5 años de gracia. Para los cuartos traseros de pollo sazonados, producto de mayor valor económico, se negoció un plazo de desgravación de 18 años, con un plazo de gracia de 10 años en los que no se reduce el arancel. Para este producto el arancel base es el consolidado en la OMC, es decir, 70%.

Colombia ofreció un contingente de importación para cuartos traseros frescos o sazonados de hasta 26,000 toneladas, con una tasa de crecimiento de 4%. Un aspecto que es muy importante resaltar es que se logró que la administración de esta cuota de importación tenga un sistema de administración basado en un mecanismo de subasta que permite que los colombianos participemos de las rentas que genere el contingente sin aranceles (Export Trading Company). Adicionalmente, se logró una salvaguardia de cantidad aplicable durante el período de desgravación, con un disparador de 130%.

Finalmente, se incluyó una cláusula de revisión de todo el esquema comercial al noveno año de implementación del acuerdo, logro muy importante, teniendo en cuenta que se podrán revisar los verdaderos efectos del esquema y asumir las correcciones necesarias para defender esta industria.

Como complemento, es claro que la mejor defensa contra la competencia es un sector avícola fuerte con capacidad para exportar. Con ese objetivo es importante controlar enfermedades que limitan el comercio como son Newcastle, Influenza Aviar y Salmonella.

También es fundamental que la industria avícola mantenga la tendencia de mejora de su competitividad; a ello contribuirá sin duda la importación de maíz a cero arancel.

Tabaco.

Este producto demostró grandes oportunidades en el mercado de EE.UU. gracias a las preferencias arancelarias del ATPDEA. El TLC logró no sólo consolidar este acceso que era temporal, sino que se logró ampliar sustancialmente el acceso.

En cigarrillos se consolidaron las preferencias del ATPDEA y se logró una norma de origen que durante los primeros años permitirá mezclar materias primas de terceros países mientras la oferta nacional alcanza el nivel requerido.

Se logró una cuota preferencial sin aranceles para 4,000 toneladas de tabaco y una desgravación a 15 años. Este producto es de gran importancia para el empleo rural pues genera 250 empleos por tonelada producida y hay zonas que producen hasta 2 toneladas por hectárea.

Fríjol.

A este producto se le dio prioridad en la negociación dadas sus características de producto de economía campesina. Colombia abrió una cuota de importación de 15.000 toneladas. La desgravación se hará a partir de un arancel base de 60%, con un primer corte al 40.2% en el segundo y desgravación lineal por los siguientes 9 años. Se logró una salvaguardia de cantidad, con un disparador de 120% para este producto.

Azúcar.

Este es uno de los productos de mayor potencial ofensivo de Colombia y de mayor protección en EE.UU. La negociación logró aumentar la cuota de exportación colombiana (actualmente de 24.000 toneladas) en 50,000 toneladas adicionales anuales con una tasa de crecimiento anual del 1.5% y con un manejo del contingente que le permite a Colombia mantener el sistema actual, o sea que somos nosotros quienes distribuimos las cuotas entre los productores. Este contingente incluye algunos productos industriales con contenido de azúcar.

Productos hortofrutícolas.

Para estos productos que gozaban del ATPDEA, se logró la consolidación de este esquema, lo cual es de mucha importancia para las flores y abre un potencial de exportación para las frutas y las hortalizas.

Carne de cerdo.

Para estos productos se acordó una desgravación en un período de 5 años.

Algodón.

En este producto se acordó una desgravación inmediata por cada uno de los países. Esto, por una parte permite al sector textil obtener materia prima más barata y a los algodoneros abrir el mercado para el algodón de fibra media y larga, que no se produce en Estados Unidos.

Trigo, cebada y otros cereales.

Para este grupo de productos se otorgó una liberación inmediata, salvo para la cebada forrajera, la cual se liberará después de un período de 3 años. Casi la totalidad del consumo nacional de estos cereales es abastecido con importaciones. Con el fin de brindar apoyo a los agricultores en estas actividades, el Gobierno ha diseñado programas específicos para estos cultivos.

Bebidas alcohólicas.

Para los productos que compiten con la producción nacional como el whisky, el ron y el vodka, se conservó una protección de 10 años

5. **Otros logros en la negociación.**

Propiedad intelectual.

Lo acordado en el TLC es similar a los niveles de protección de propiedad intelectual contenidos en la normativa colombiana vigente. Se preservó la discrecionalidad para el uso de instrumentos como licencias obligatorias, importaciones paralelas, y otros, lo cual refleja cómo la salud pública prima sobre cualquier derecho comercial. Además, no se concedieron patentes de segundos usos, ni de métodos terapéuticos, así como tampoco se otorgarán patentes sobre invenciones animales o de plantas.

Bienes usados.

Colombia preserva su discrecionalidaad para usar los instrumentos de política comercial disponibles para controlar l entrada al mercado nacional de bienes usados. En la actualidad el instrumento con el que contamos es la licencia previa.

Bienes remanufacturados.

Se logró acordar una definición de remanufacturados consistente con las sensibilidades de Colombia. Para los productos más sensibles se acordó un plazo de gracia de 5 años y una desgravación lineal en los siguientes 5 años.

Reserva cultural.

Colombia logró un paquete de medidas que permiten salvaguardar ampliamente nuestras manifestaciones culturales nacionales. El Estado se reserva la capacidad de usar un gran número de instrumentos para promocionar e incentivar estas manifestaciones en distintos escenarios como el cine y la televisión.

VI. **TEMAS PLANTEADOS EN LA AUDIENCIA PUBLICA**

Consideraciones de los ponentes en torno a los planteamientos formulados por la ciudadanía en la audiencia pública llevada a cabo los días 28 de febrero y 1° de marzo de 2007.

Con base en lo establecido en el Título Segundo, Capítulo Noveno de la Ley 5ª de 1992, correspondiente a la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, las Mesas Directivas de las Comisiones Segundas conjuntas del Senado de la República y la Cámara de Representantes convocaron a una audiencia pública en los términos de ley, mediante la Resolución número 001 del 20 de febrero de 2007, con el fin de recoger opiniones de la ciudadanía en torno al Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba 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.

La proposición para la realización de la audiencia pública fue aprobada en sesión de la Comisión Segunda del día 20 de febrero de 2007. Las inscripciones se realizaron en el recinto de la Comisión Segunda del Senado entre los días 22 y 26 de febrero de 2007, tras una amplia difusión mediática.

La audiencia tuvo lugar los días 28 de febrero y 1° de marzo y en ella intervinieron 55 personas, la mayoría de ellas en representación de organizaciones sociales y sindicales, la academia y los gremios de la producción.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 232 de la Ley 5ª de 1992, que reza:

Artículo 232. Contenido de la ponencia. El ponente del respectivo proyecto deberá consignar la totalidad de las propuestas o modificaciones planteadas que considere importantes y las razones para su aceptación o rechazo, siempre que las observaciones se hayan efectuado a más tardar tres (3) días antes de la presentación del informe con entrega personal de las exposiciones.

Los ponentes hemos incluido, en esta ponencia para primer debate, un extenso capítulo que pretende recoger la esencia de las distintas intervenciones agrupadas por temas, y nuestras consideraciones sobre cada una de ellas.

1. **Impacto del TLC en la Economía Colombiana.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Eugenio Marulanda, de Confecámaras, afirma que el TLC es benéfico para el país y que se constituye en una herramienta integral de la política de desarrollo en un mundo globalizado. Dice que es necesario tener un acuerdo comercial con nuestro principal socio. Alaba igualmente el proceso de Agenda Interna como un complemento útil para aprovechar al máximo el tratado y destaca que han sido ambos (TLC y agenda interna) procesos participativos.

Gabriel Pérez Fuentes, de la Confederación General del Trabajo (CGT), sostuvo que el TLC con los Estados Unidos "*sólo consulta los intereses de las transnacionales con asiento en los Estados Unidos y de un pequeño grupo de empresarios nacionales"*.

Para Román Tirado Ariza, de la Universidad Libre, el hecho de que el TLC se haya negociado entre economías de tan diferente tamaño constituye un aspecto negativo.

Manuel Giraldo, de Focsol, afirma que Colombia tiene 125 años de atraso en infraestructura y propone que EE.UU. la construya para que Colombia compita. De igual manera pide que se publique un balance de los beneficios del TLC y la generación de empleo esperada.

Carlos Alberto Baena, concejal de Bogotá por el Movimiento MIRA, dice que existen fallas del Gobierno, sobre todo en la agenda interna, que impiden que el TLC salga bien.

Para Héctor-León Moncayo, del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, la experiencia internacional de otros TLC como el Nafta demuestra que su aplicación ha sido desastrosa para México. Según Manuel Giraldo, de Focsol, en México se aumentó la informalidad en un 60% tras la firma de ese tratado.

Artidoro Botia, del grupo de Juventudes del Casanare, afirma que el TLC abre muchas oportunidades pero que su departamento no está preparado para enfrentarlo y se refiere a varias acciones de agenda interna necesarias para lograr competir. En el mismo sentido, pero refiriéndose al departamento de Boyacá, se pronunció Jaime Rodríguez, de la Universidad Santo Tomás. Por otro lado, el periodista Uriel Ortiz Soto se pronunció a favor del Tratado y dijo que no podemos quedarnos rezagados ante el avance de la globalización.

Según Santiago Pardo, de Analdex, EE.UU. es una economía grande pero complementaria a la colombiana, lo cual abre grandes oportunidades para exportar. Adicionalmente, recuerda que ese país es nuestro principal mercado de exportación y nuestro principal proveedor. En el documento radicado para la audiencia pública, Pardo sostiene que EE.UU. es un mercado en crecimiento y que un aumento del 0,13% de las importaciones de ese país equivale a todas las exportaciones colombianas en 2005. Adicionalmente, aporta ejemplos del aprovechamiento de otros tratados por parte de países en desarrollo, los cuales muestran resultados benéficos de aumento de las exportaciones y concluye que se logró una negociación balanceada ofensiva o defensivamente.

Jaime Sorzano de la Confederación Colombiana de Transportadores de Carga, Colfecar, apoya el TLC firmado con los EE.UU., argumentado que será fundamental para atraer inversión extranjera y reducirá los costos de importación de materia prima y bienes de capital vinculados a los procesos productivos. Desde el punto de vista de su sector, dice que tendrá lugar una rebaja de los equipos, accesorios e insumos, importados en su mayoría desde los EE.UU. Adicionalmente, resaltó la importancia de que se formalice la relación comercial entre los dos países, pero dejó en claro que el TLC es un medio y no un fin en sí mismo.

Según Luis Carlos Villegas de la Asociación Nacional de Industriales, ANDI, los estudios indican que el TLC podría aportar un punto adicional de crecimiento económico y pregunta si alguien conoce de alguna otra política que pueda tener ese efecto o un efecto mejor. Dice que el crecimiento es la mejor arma para luchar contra la pobreza y ve con preocupación que otros países que compiten con Colombia, ya tienen acceso preferencial al mercado estadounidense. En cuanto al ATPDEA, dice Villegas que tiene la desventaja de que no sirve para atraer inversión por su temporalidad. En cuanto al tema de quiénes pierden con el TLC, Villegas considera que la competencia es un reto y una oportunidad y que el tratado beneficia más a las Pymes que a las grandes empresas que ya exportan.

Guillermo Botero Nieto, Presidente de la Federación Nacional de Comerciantes, Fenalco, expresó su respaldo al TLC y dijo que este "traerá grandes beneficios a los consumidores colombianos a través de la dinamización de la demanda nacional, que impulsará el mayor consumo de productos básicos, incrementando el ingreso real de los hogares colombianos";

b) *Consideraciones de los ponentes.*

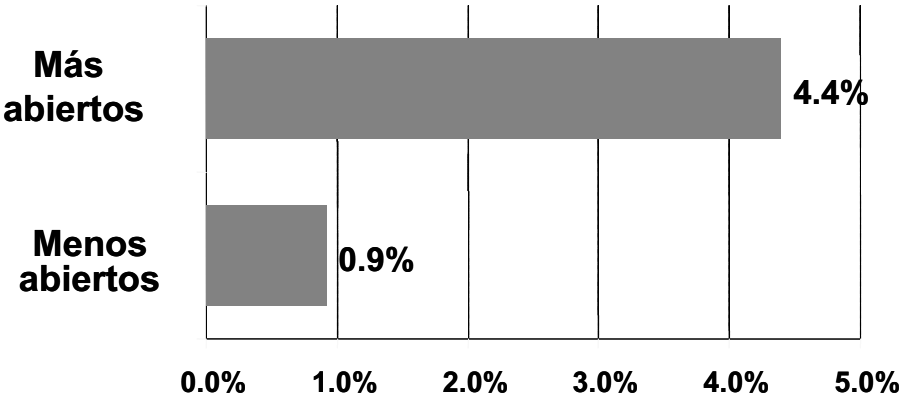
Acerca del impacto general del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos en la economía colombiana, los ponentes consideramos que existe un importante debate en el nivel mundial acerca de los efectos de la liberalización del comercio sobre las variables macroeconómicas. De igual manera, reconocemos que toda política económica debe tener como principal objetivo el bienestar de la población y que la búsqueda de dicho bienestar pasa, ineludiblemente, por el crecimiento económico y la generación de empleo.

Por tal razón, el impacto global del TLC debe ser evaluado principalmente por su efecto en esas dos variables, fundamentales para reducir la pobreza, tratando de limitar al máximo la influencia de argumentos meramente ideológicos y teniendo siempre en mente que, como lo ha afirmado el Gobierno en múltiples ocasiones, los tratados comerciales no son un fin en sí mismos, sino medios para el logro de objetivos más elevados.

Para ello tendremos en cuenta el efecto de la liberalización comercial en otros países, el impacto macroeconómico de otros tratados suscritos por países latinoamericanos con los Estados Unidos y, por último, los estudios prospectivos existentes sobre el TLC entre Colombia y los Estados Unidos.

En primer lugar, como lo muestran las siguientes dos gráficas, los países con economías más abiertas crecen en promedio más rápido que los que tienen economías más cerradas.

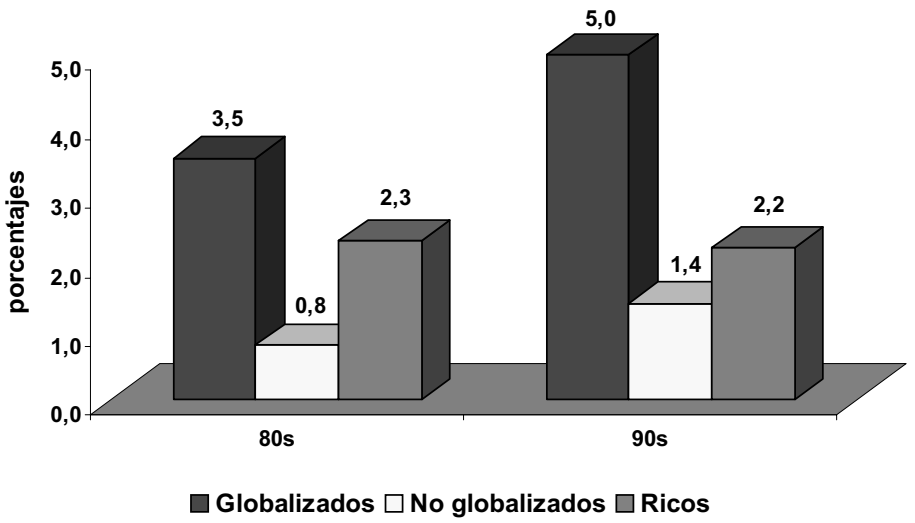
Crecimiento anual promedio del PIB *per cápita* **1990-2001**



* La muestra incluyó un total de 73 economías subdesarrolladas. De ellas se seleccionaron como economías abiertas el tercio que registró la mayor variación en su coeficiente de comercio internacional a PIB entre 1980 y finales de los noventa. Los menos abiertos son los dos tercios restantes. Luego se calculó la tasa media anual de crecimiento del PIB per cápita real del período 1990-2001.

Fuente: Dollar y Collier (2001).

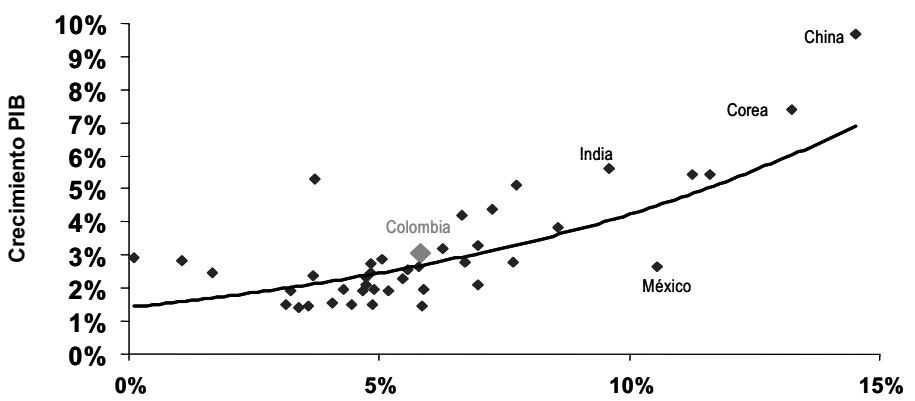
Tasa media anual de crecimiento del PIB *per cápita* **real**



Fuente: David Dollar and Aart Kraay (2001) "Trade, Growth and Poverty". World Bank.

De igual manera, existe una fuerte correlación entre el crecimiento de las exportaciones y el crecimiento del PIB, tal como lo muestra la siguiente gráfica:

41 países 1980-2000



Fuente: Banco Mundial.

En segundo lugar, debe analizarse el efecto de otros tratados de libre comercio suscritos por países latinoamericanos con los Estados Unidos. Este país tiene acuerdos vigentes con México (1994), Chile (2004) y El Salvador, Honduras, Nicaragua y Guatemala (2006). Debido al poco tiempo que han estado en vigor la mayoría de estos TLC, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte[28], Nafta por sus siglas en inglés, se convierte en el referente obligado, ya que permite tener un período de análisis prolongado y acceso a bibliografía suficiente sobre la materia.

Según un estudio realizado por el Banco Mundial, con motivo de la conmemoración de la primera década de vigencia del Nafta[29], para medir los efectos del acuerdo es difícil aislar los efectos de la crisis del tequila en 1995 que implicó un fuerte retroceso en la economía mexicana. Del mismo modo, al hacer comparaciones se debe tener en cuenta que existen diferentes condiciones iniciales entre los países latinoamericanos y diferentes medidas que se adoptan para enfrentar los TLC. Todos los estudios económicos, más aún si son comparativos, enfrentan este tipo de problemas. Sin embargo, se constituyen en una referencia válida para mostrar tendencias comunes entre países que toman decisiones similares de política pública.

Lederman, Maloney y Servén concluyen que "*el tratado ha ayudado a México a acercarse a los niveles de desarrollo de sus socios del Nafta", sugiere la investigación que "las exportaciones globales de México habrían sido alrededor de un 25% menores sin Nafta y que la inversión extranjera directa habría sido alrededor de 40% menor sin el Nafta*". Además, el tiempo requerido para que las manufacturas mexicanas adoptaran las innovaciones tecnológicas estadounidenses se redujo a la mitad. Afirman los autores que el comercio "*probablemente puede tomar algún crédito por una reducción*

28 Firmado por México, Estados Unidos y Canadá.

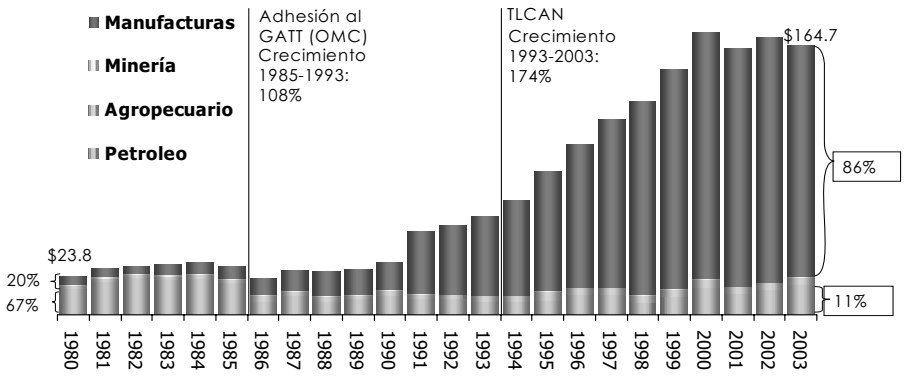
29 Daniel Lederman, William F. Maloney, y Luis Servén. "Lessons from NAFTA for Latin American and Caribbean", Banco Mundial: diciembre de 2003.

moderada de la pobreza, y haber tenido un impacto positivo en el número y calidad de los puestos de trabajo"[30].

Sin embargo, los autores del estudio afirman que el Nafta no es suficiente para asegurar la convergencia económica entre los países, lo cual refleja las limitaciones propias del acuerdo y, más importante, las reformas domésticas pendientes.

Por otro lado, en junio de 2004, Aldo Flórez de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, expuso ante una delegación de Congresistas colombianos, la experiencia de su país en el Nafta llegando a conclusiones similares a las esbozadas en el estudio del Banco Mundial, antes citado. En su presentación, Flórez mostró la siguiente gráfica que da cuenta del crecimiento y la recomposición de las exportaciones mexicanas a los Estados Unidos después de la firma del TLC:

Exportaciones totales México (miles de millones de dólares de 2003)



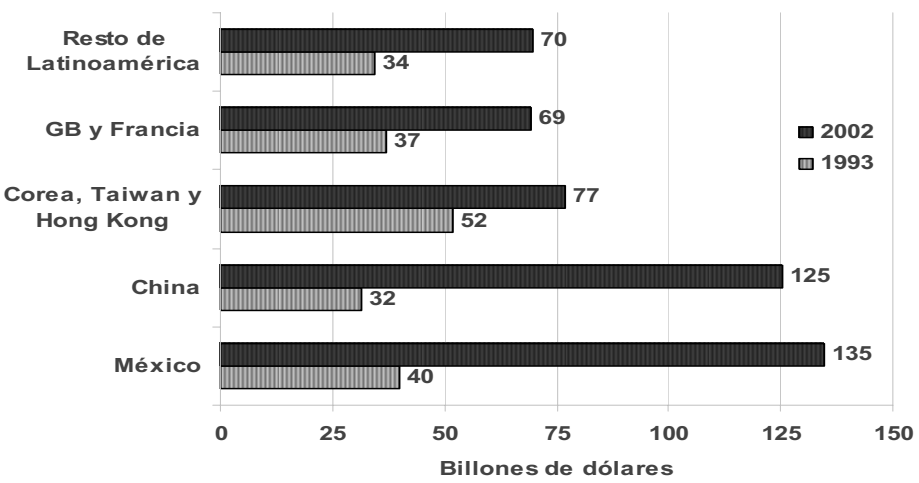
Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores de México con datos de INEGI.

Como se aprecia, las exportaciones totales de México exhibieron un crecimiento del 174% entre 1993 y 2003, período en el cual aumentó significativamente su participación el sector manufacturero que pasó de representar tan solo el 20% de las ventas al exterior en 1980, al 86% en 2003.

En el mismo sentido, Jaime Serra Puche, ex Ministro de Comercio de México, en un evento organizado por la Fundación Buen Gobierno en el 2004, analizó el impacto del Nafta en la economía de su país y desde el punto de vista macroeconómico concluyó entre otras cosas que:

1. México, como lo indica la gráfica siguiente, es el líder en el crecimiento de las exportaciones hacia EE.UU, comparado con otras regiones, y en especial con América Latina.

Exportaciones a EE.UU. 2002/1993

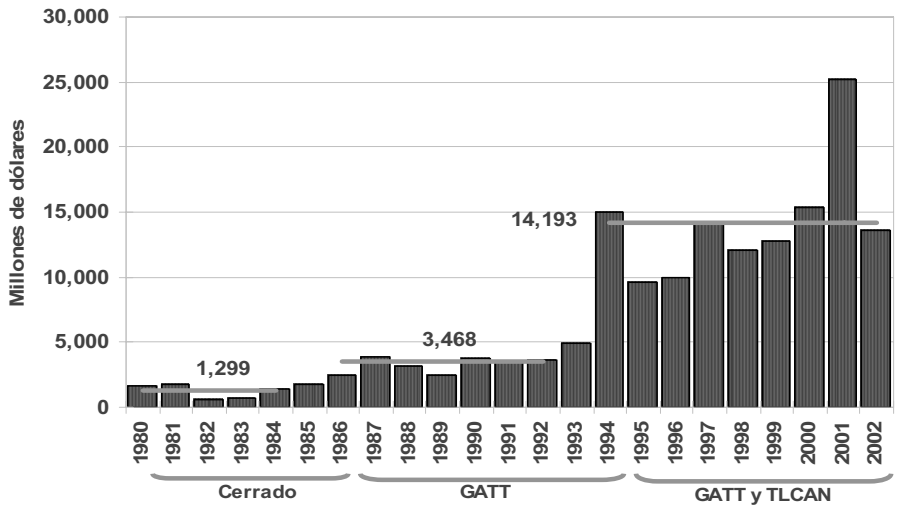


Fuente: Jaime Serra Puche con base en US Census Bureau, Foreign Trade Division. www.tlc.gov.co

2. De igual manera, la inversión extranjera directa, un factor importante para apalancar el crecimiento económico ha mostrado crecimientos significativos en México a partir de la suscripción del acuerdo:

30 Ibídem. p. V.

Inversión Extranjera Directa

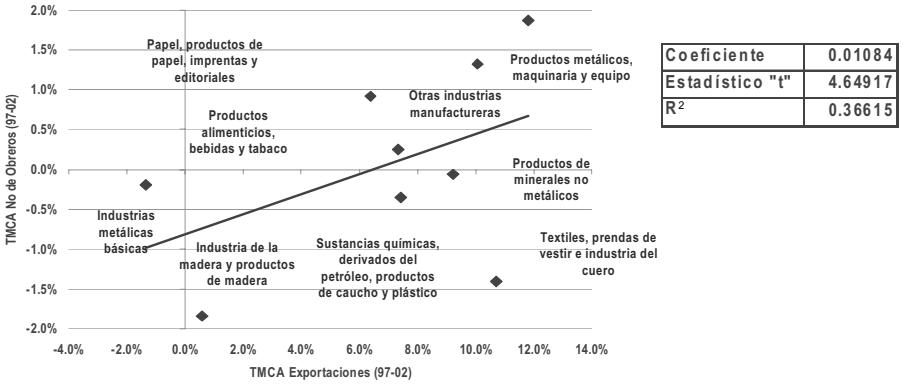


Fuente: Jaime Serra Puche con base en Secretaría de Economía de México. www.tlc.gov.co. En la gráfica el año 2001 incluye la adquisición de Banamex por parte de Citigrup ($12.5 billones de dólares).

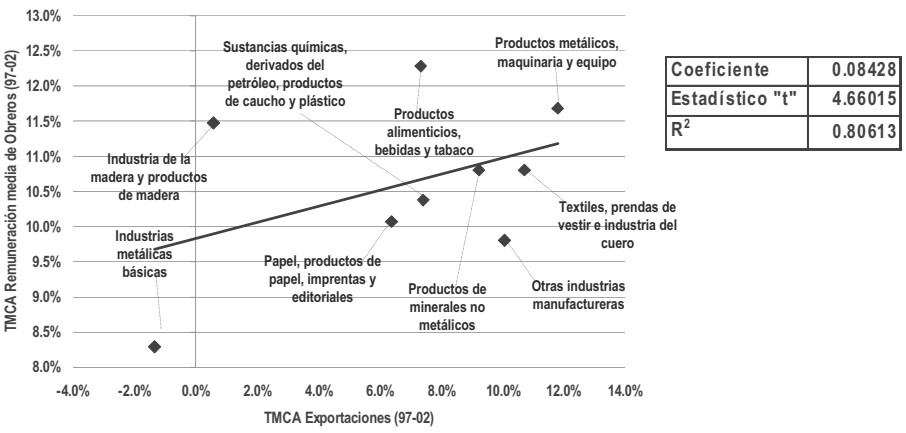
Como lo muestra la gráfica anterior, la inversión extranjera en México pasó de un promedio cercano a los US$3,5 mil millones entre 1986 y 1993, a US$14 mil millones entre 1994 y 2002, siendo el sector líder en captación de inversión la industria manufacturera.

3. En cuanto al empleo, como se indica en las siguientes dos gráficas, Serra Puche concluye que el crecimiento de las exportaciones, incrementó el número de obreros y los salarios en México:

Exportaciones y número de obreros[31]



Exportaciones y salarios[32]



Por otro lado, la Asociación Nacional de Instituciones Financieras, ANIF, en agosto de 2004, analizando también los resultados de la primera década de vigencia del Nafta, llegó a las siguientes conclusiones:

1. Desde la firma del Nafta el ingreso per cápita de México ha venido creciendo más que el ingreso per cápita promedio de América Latina.

2. La tasa de desempleo de México, exceptuando el año de crisis de 1995, ha mostrado un nivel inferior en los años posteriores al ingreso del Nafta.

3. Los salarios de los trabajadores mexicanos que sufrieron un importante ajuste durante la crisis del tequila, se recuperaron con mayor rapidez en com-

31 TMCA: Tasa media de crecimiento anual. Fuente: Jaime Serra Puche con base en INEGI. www.tlc.gov.co

32 Ibídem.

paración con la crisis de 1982, gracias al impacto positivo que ha tenido sobre el aparato productivo mexicano el acceso al mercado norteamericano.

4. Al comparar el coeficiente de Gini a principios de los años noventa y comienzos de la década actual para varios países de América Latina, se observa que México fue conjuntamente con Brasil uno de los países más exitosos en reducir la desigualdad económica durante la década pasada.

5. Cuando se observa la evolución durante los últimos años de la balanza comercial de México con Estados Unidos, desagregada por tipo de actividad, se observa un superávit global a favor de aquel país. Además, el déficit comercial en productos agrícolas de México no ha aumentado, como muchos analistas temían, sino que por el contrario se ha mantenido en niveles inferiores a los observados antes de la firma del Nafta.

6. Las exportaciones agroalimentarias de México hacia Estados Unidos casi se han duplicado desde la firma del Nafta, alcanzando en 2001 un valor de US$5.265 millones. Entre el año 1993 y 2001 México ha sido el país más dinámico en exportación de productos agroindustriales hacia Estados Unidos, con un crecimiento para este período de 224%.[33]

Otro tratado comercial que debe ser tenido en cuenta en este análisis es el firmado entre Chile y los Estados Unidos, en el cual se aprecian igualmente resultados satisfactorios que, según el Gobierno chileno, triplican sus expectativas. En este sentido cabe mencionar las siguientes cifras:

1. En el segundo año de vigencia el comercio bilateral creció un 36,6%. Durante el año 2005, los envíos superaron los 6.531 millones de dólares, con un crecimiento de 35,1% con relación al 2004, superando el crecimiento de las exportaciones al mundo. Las importaciones sumaron 4.722,6 millones de dólares, con un incremento anual de 38,8%.

2. La dinámica de la oferta exportadora ha sido impulsada por los productos industriales, que alcanzaron los 2.895 millones de dólares. Las importaciones han sido lideradas por los bienes intermedios, los cuales llegaron a 3.066 millones de dólares. En la última década, la composición de las exportaciones a los EE.UU. ha variado en forma importante. En 1991, el 32,5% de los productos exportados por Chile a ese mercado eran industriales, hoy este porcentaje alcanza el 46%.

3. Existe una gran diversificación de productos exportados a los EE.UU. Durante el año 2005, 2.096 empresas enviaron una variedad de 2.065 productos a EE.UU., siendo este país el principal destino de las exportaciones manufactureras y también de la Pyme. Esto incide directamente en la creación de empleo y ayuda a distribuir mejor los beneficios del TLC. Productos de rubros diversos están ingresando al mercado de EE.UU. gracias al TLC: productos industriales, como el petróleo y sus derivados, caucho y plástico; el papel, cartón, editoriales e imprenta; productos de barro, loza y porcelana, vidrio y productos minerales no metálicos; y otras manufacturas[34].

Debe aclararse que el impacto del TLC entre Chile y EE.UU. aún no ha sido medido suficientemente, y que existen diferencias importantes entre Chile y Colombia, empezando por el hecho de que EE.UU. no es el principal socio comercial del país austral. Sin embargo, debe resaltarse de este análisis la siguiente conclusión:

"Todos los tratados comerciales suscritos por Chile han mostrado buenos resultados. El TLC con EE.UU., la principal economía del mundo, ha tenido una visibilidad política especial, tanto interna como internacionalmente y ha otorgado un sello de calidad a la economía chilena. Sin embargo, en el mediano plazo, el éxito de un acuerdo comercial depende, principalmente, de la capacidad del empresariado local de aprovechar las oportunidades de negocios y de competir, no sólo por diferencias en los precios sino que también por la calidad de los productos exportados y cumplimiento de normas y estándares. Los resultados obtenidos hasta ahora con EE.UU., que triplican nuestras expectativas, muestran que vamos por buen camino"[35].

Por último, el tercer punto que debe ser estudiado para evaluar los posibles efectos macroeconómicos del TLC entre Colombia y los Estados Unidos corresponde a las previsiones hechas por los diversos estudios realizados sobre el Tratado. De entrada, cabe mencionar que estos trabajos tienen grandes limitaciones debido a los escenarios hipotéticos que plantean, como por ejemplo, la suposición de que la desgravación arancelaria es inmediata o la imposibilidad de cuantificar el impacto de externalidades positivas que generan los TLC tales como el incremento de la inversión. Sin embargo, se constituyen en un buen referente sobre las tendencias macroeconómicas que pueden derivarse de la ratificación de este acuerdo comercial.

Existen cuatro estudios principales que proyectan el impacto del TLC en el crecimiento y el empleo. Son ellos:

i) Botero García J. G. Jesús y H. López Castaño. Hugo (2004). "Impacto del TLC sobre el empleo". Corporación para el Desarrollo de la Investigación y la Docencia Económica (CIDE);

ii) DNP (Julio, 2003) "Efectos de un acuerdo bilateral de comercio con EE.UU". Dirección de Estudios Económicos, Dirección de Estudios empresariales. Archivos de Macroeconomía 229;

iii) Martín C. P y J. M. Ramírez (Feb., 2005). "El Impacto Económico de un Acuerdo Parcial de Libre Comercio entre Colombia y EE.UU". Banco de la República, Borradores de Economía 326, Banco de la República;

iv) Toro, Jorge; Alonso, Gloria; Garrido, Diana; Iregui Ana María; Montes Enrique; Ramírez, Juan Mauricio (Ene., 2006). "El impacto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC) en la balanza de pagos hasta 2010". Banco de la República: Borradores de Economía 362.

El estudio del DNP (2003) prevé un crecimiento económico adicional constante de 0,6% para un acuerdo bilateral. El estudio de Botero y López calcula un crecimiento adicional de la economía del 4% y el de Martín y Ramírez concluye que si se incluye un desmonte de las barreras no arancelarias en EE.UU., el crecimiento adicional del PIB será de 1%, en caso contrario sería de 0,3%.

El Estudio de Toro (*et. al.*) del Banco de la República es el más reciente y hace un análisis de todos los estudios anteriores. En él se concluye que el TLC con los Estados Unidos:

"(Entre 2007 y 2010) generaría un aumento del comercio total de Colombia de más de tres puntos del PIB, y un aumento de la IED superior a US$2.300 millones. Puesto que estas proyecciones se circunscriben a un horizonte de tiempo específico, la evaluación de dicho impacto es parcial y posiblemente subestima el efecto total del acuerdo. Por una parte, no se tiene en cuenta el posible surgimiento de nuevas actividades de exportación o importación. Por otro lado, el cálculo de los flujos de IED inducidos por la firma del tratado son conservadores de acuerdo con la experiencia de otros países que han firmado tratados comerciales similares".

En cuanto a generación de empleos, los estudios del Banco de la República (2005), el DNP y el CIDE, calculan un aumento de 77 mil, 183 mil y 269 mil plazas de trabajo, respectivamente.

En síntesis, ni la experiencia internacional, ni el impacto de los TLC en países latinoamericanos, ni los estudios existentes sobre los posibles efectos de un tratado comercial entre Colombia y los Estados Unidos permiten prever un resultado catastrófico para la economía nacional. Las alusiones a una supuesta experiencia mexicana nefasta no tienen ningún fundamento. De hecho, todos los argumentos antes expuestos permiten pensar que un TLC como el que se presenta a consideración del Congreso de la República abrirá grandes oportunidades y acarreará beneficios sustanciales para el país.

En cuanto a los argumentos sobre el hecho de que Colombia no está en capacidad de competir con Estados Unidos, los ponentes consideramos que en la actualidad, el país ha desarrollado una oferta exportable relevante y competitiva en diversos mercados en el nivel mundial. Adicionalmente, destacamos que Estados Unidos es una economía complementaria a la colombiana, como lo demuestra el elevado volumen de comercio entre los dos países y que el TLC contempla períodos amplios de desgravación para permitir una adaptación de aquellos sectores que no se complementan sino que compiten entre sí.

En cuanto a la afirmación de que el TLC sólo consulta los intereses de las transnacionales con asiento en los Estados Unidos y de un pequeño grupo de empresarios nacionales, los ponentes, además de los argumentos ya mencionados sobre la positiva experiencia internacional, nos permitimos citar una de las conclusiones del estudio de Martín y Ramírez (2005), uno de los más pesimistas sobre los efectos derivados del Tratado:

"Los efectos distributivos más importantes favorecen principalmente al empleo no calificado e informal y al empleo rural. Este resultado muestra que, contrario a lo que sostienen diferentes críticos, un TLC con Estados Unidos puede beneficiar a los más pobres, en particular la población rural, y tener, por lo tanto, un efecto progresivo sobre la distribución del ingreso. Sin embargo, esto depende también del alcance del acuerdo. En especial, un TLC que elimine la protección arancelaria del sector agrícola (en ambos países) pero que mantenga las BNA sobre el sector agrícola en Estados Unidos tendría efectos negativos sobre los ingresos y el consumo de los trabajadores rurales y en general sobre el sector agrícola colombiano".

---

33 ANIF. "México y el Nafta: ¿Cuál es la verdad?, Informe Semanal, agosto 2 de 2004. www.anif.org.

34 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. "Evaluación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU. 2005". Marzo de 2006. www.prochile.cl. p.2.

35 Ibídem.

Cabe mencionar que el TLC incluye importantes logros en la eliminación de Barreras No Arancelarias (BNA), principalmente en materia sanitaria y fitosanitaria, los cuales han logrado el respaldo de agremiaciones como Fedegán que representa uno de los sectores más perjudicados por dichos obstáculos. Adicionalmente, el Gobierno Nacional ha anunciado que se trabajará prioritariamente en el fortalecimiento de la institucionalidad y las condiciones sanitarias de la producción nacional.

Sin embargo, somos conscientes, como lo afirman diversos estudios y lo evidencia la experiencia internacional, de que el TLC es sólo un medio y no un fin en sí mismo y, por tal razón, debe estar acompañado de agresivas políticas que mejoren la competitividad del país y promuevan la estabilidad económica. Por tal razón, los ponentes resaltamos el diseño y la ejecución de programas como la Agenda Interna y Agro, Ingreso Seguro, que permitirán maximizar los beneficios potenciales de los tratados comerciales que ha suscrito y suscribirá Colombia en el futuro y anunciamos que, desde el Legislativo, ejerceremos un control permanente sobre su implementación.

2. **Impacto fiscal.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Juan David Moreno de la Universidad Nacional afirma que la disminución de aranceles, sumada a las indemnizaciones falladas en tribunales extranjeros, implicará un elevado costo fiscal para el país;

b) ***Consideraciones de los ponentes.***

En los tres modelos de equilibrio general que midieron el impacto del TLC en la economía colombiana (citados anteriormente), se incluyeron cálculos de la pérdida de ingresos corrientes del gobierno como consecuencia de la desgravación arancelaria. En todos ellos, se supone que la desgravación es instantánea, es decir, que los aranceles actuales caen a cero simultáneamente y de forma inmediata.

El impacto calculado varía ampliamente, en función de los supuestos adoptados; el estudio del DNP sólo mide el impacto que ocasiona la desgravación arancelaria, en tanto que el del CIDE considera el efecto adicional de mejoras en la competitividad de la economía y el modelo de Martín y Ramírez incorpora el desmonte de las barreras no arancelarias. Adicionalmente, los dos últimos modelos miden el efecto neto sobre el balance fiscal, como consecuencia del crecimiento de otros ingresos que se generan por la mayor dinámica de la economía.

El estudio del DNP calculó en US$590 millones (aproximadamente $1.4 billones) la reducción; el del CIDE, la estima en US$236 millones (554 mil millones de pesos) y el de Martín y Ramírez, del Banco de la República, en US$312 millones ($733 mil millones).

Al incluir los impactos del TLC en mayor crecimiento de la economía, el estudio del CIDE estima que el efecto fiscal neto sería un incremento de los ingresos del Gobierno de US$322 millones ($757 mil millones). Martín y Ramírez calculan que el efecto neto sería una reducción de los ingresos de US$166 millones ($390 mil millones), pero en un escenario en el que la inversión crece exógenamente en 10%, encuentran que los ingresos del gobierno crecerían en US$13 millones ($31 mil millones).

Los ejercicios mencionados se realizaron antes del cierre de la negociación y ninguno de ellos recoge el efecto gradual de la desgravación arancelaria. Con el propósito de hacer una aproximación al tema, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo realizó un ejercicio con base en los recaudos de aranceles de 2005 y evaluando el método de desgravación de cada una de las partidas arancelarias del ámbito agrícola e industrial negociadas en el TLC. Se toma como supuesto que las importaciones se mantienen constantes y su estructura no cambia, con lo cual el cambio resultante en los ingresos por aranceles refleja el cronograma de desgravación acordado para las importaciones que Colombia realiza desde los Estados Unidos. Tampoco se tomaron en cuenta los contingentes que tendrán varios productos del sector agropecuario.

Con ese procedimiento, se calcula que la reducción total del recaudo por aranceles ascendería a US$323 millones ($759 mil millones de pesos), que equivalen al 1.9% de los ingresos tributarios del Gobierno Central en 2005. De ese valor, el 68% correspondería al primer año, como consecuencia de los productos que tendrían desgravación inmediata (ver cuadro). Este ejercicio no captura la dinámica que puedan registrar las importaciones totales, razón por la cual sobreestima el impacto real; es razonable pensar que el crecimiento de las importaciones debe moderar el impacto de la desgravación arancelaria de las importaciones provenientes de los Estados Unidos.

Evolución del recaudo por aranceles según las canastas de desgravación arancelaria acordadas en el TLC para bienes agrícolas e industriales (dólares)

Año	Recaudo (dólares)
1	-219.467.200
2	-13.767.594
3	-13.767.594
4	-13.759.019
5	-13.943.441
6	-9.372.347
7	-9.373.727
8	-8.029.853
9	-7.978.826
10	-7.978.455
11	-2.824.245
12	-2.823.331
13	-8.598
14	-8.598
15	-8.598
16	-1.381
17	-1.381
18	-1.381
19	-1.381
TOTAL	-323.116.947

Fuente: Cálculos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en cifras de la DIAN.

Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que el impacto fiscal en el corto plazo puede ser significativo según los cálculos de los estudios. Sin embargo, sería compensado en pocos años por el crecimiento del comercio en primera instancia (un factor que no tiene en cuenta la estimación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y, posteriormente, por el mayor crecimiento económico que prevén los mismos estudios. El balance entonces, en un tiempo prudencial, llega incluso a ser positivo para el país. Por tal motivo, los razonamientos fiscales del impacto inmediato no pueden convertirse en argumentos suficientes para negar el proyecto de ley aprobatorio del TLC entre Colombia y los Estados Unidos.

Sobre el particular debe destacarse el Oficio UJ0212 del 7 de febrero de 2007, mediante el cual el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, informa a la Presidencia de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, que el TLC comporta dos impactos fiscales, uno negativo representado en la reducción de los aranceles pagados por importaciones provenientes de los EE.UU, y otro positivo fundamentado en el mayor crecimiento económico producido por el tratado, calculándose el primero *"entre US 250 y 300 millones, el cual será contrarestado (sic) gradualmente por los recaudos producidos por el mayor crecimiento económico, de manera que a partir del quinto año tendrá un impacto fiscal positivo"*. Igualmente, que *"Dado lo anterior, este proyecto de ley se enmarca dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo que tiene como objeto llegar a una relación deuda PIB del 30% en 2015, en la medida que el efecto fiscal será positivo para esa fecha"*. Y destaca que el TLC *"implicará un cambio en la estructura productiva de la economía colombiana en concordancia con sus ventajas comparativas"*, el cual tendrá *"un efecto adicional positivo en otras variables macroeconómicas y sociales importantes como el empleo y la inversión nacional y extranjera"*.

3. **Compatibilidad del TLC con la Constitución y la ley.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos, afirma que el TLC sustituye aspectos fundamentales de la Constitución Nacional y atenta contra la descentralización y la autonomía local. Argumentos similares expuso Efraín Barbosa, profesor de física de la Universidad Nacional, quien dijo que el TLC era una reforma Constitucional de facto.

Héctor Moncayo del ILSA, afirma que las disciplinas del TLC "*muestran un panorama de inminentes violaciones a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Pero además, la imposibilidad de hacerlos exigibles y justiciables dado el vaciamiento de la capacidad de los Estados nacionales*". En el mismo sentido se pronunció Manuel Giraldo de Focsol.

Efraín Barbosa de la Universidad Nacional afirma que el TLC viola varios artículos constitucionales, entre ellos, el principio de la función social de la propiedad al eliminar los requisitos de desempeño de la inversión extranjera,

impedir la realización de la obligación del Estado de promover el desarrollo y garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes (artículo 334), imposibilita el deber estatal de proteger a los trabajadores del campo y la producción de alimentos (artículos 8°, 64 y 65), viola la obligación estatal de proteger la salud (artículos 5° y 49) y viola el principio de la administración de justicia como función pública a través de los tribunales de arbitramento (artículo 228).

Henry Caballero del CRIC, afirma que el TLC viola el principio constitucional según el cual "*La dirección general de la economía estará a cargo del Estado*" y le otorga esta dirección a los inversionistas privados. Adicionalmente, Caballero sostiene que el TLC viola el mandato constitucional de privilegiar la integración latinoamericana.

a) *Consideraciones de los ponentes.*

Los ponentes consideramos infundadas estas afirmaciones de los intervinientes, por cuanto nada hay en el tratado que permita concluir que atenta contra la descentralización y la autonomía local. Por el contrario, a manera de ejemplo, el tratado establece la figura de la "denegación de beneficios" en el capítulo de compras públicas, conforme al cual los departamentos colombianos pueden inaceptar en sus licitaciones la participación de proveedores estadounidenses con los beneficios del tratado, cuando dichos proveedores estén domiciliados en Estados de la unión americana que no hayan aceptado el tratado. Igualmente en la negociación, se salvaguardó el monopolio rentístico de licores, establecido con base en la Constitución, a favor de la salud y la educación en los departamentos.

De igual manera, no consideramos fundada la afirmación de que el TLC viola el principio de la función social de la propiedad al eliminar los requisitos de desempeño de la inversión extranjera, por cuanto la limitación de exigir requisitos de desempeño según el capítulo de inversión (artículo 10.9.), no impide al Estado promover el desarrollo ni garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, además de que permite el desarrollo de la función social de la propiedad.

El artículo sobre requisitos de desempeño se refiere en su párrafo 1° a que la inversión extranjera no puede condicionarse, para el inversionista, a requisitos de:

• Exportación mínima de servicios o de bienes.

• Mínimos contenidos nacionales o a que en la elaboración de las mercancías el inversionista tenga que comprar mercancías nacionales.

• Una tasa específica relacionando las importaciones y las exportaciones, o una tasa específica relacionando las importaciones y las divisas que implican la inversión extranjera;

• Que se restrinjan las ventas de productos o servicios generadas por la inversión según una tasa determinada entre tales ventas y las exportaciones.

• Transferencia de una tecnología particular, o

• Proveer mercancías o servicios generados por la inversión únicamente hacia el mercado externo.

La limitación a imponer estos requisitos de desempeño está sustentada en el principio de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros (es decir, trato nacional). Se trata de no discriminar al inversionista y de no rechazar su inversión porque no tenga mínimos de contenido nacional o porque no tenga insumos de personas nacionales. Al limitar la posibilidad que se exija que la inversión genere mínimos montos de divisas, mínimas exportaciones, que únicamente lo generado por la inversión se pueda exportar, o que se tenga que transferir una tecnología específica, el TLC mantiene su concordancia con el principio de libre competencia, según el artículo 333 de la Constitución:

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (…)".

Precisamente, el bien común es el objeto de preocupación de algunos de los intervinientes. Al respecto, las exigencias en el sentido descrito en el párrafo 1° del artículo 10.9, además de ser discriminatorias constituirían un requisito en contra de la libre competencia, limitando la libertad económica y desincentivando la inversión extranjera. Adicionalmente, la limitación a estos requisitos es común al Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), instrumento de la Organización Mundial del Comercio; organización y acuerdo de los que Colombia es Parte.

El artículo sobre requisitos de desempeño se refiere en su párrafo 2° a que los beneficios que un país otorgue a la inversión extranjera no pueden condicionarse a que el inversionista cumpla con mínimos contenidos nacionales o a que en la elaboración de las mercancías tenga que comprar mercancías nacionales; a que se exija una tasa específica entre las importaciones y las exportaciones, o una tasa específica entre las importaciones y las divisas que implican la inversión extranjera. Sobre las exigencias que sí se pueden hacer para otorgar ventajas a inversiones extranjeras está aquella de atar los beneficios a la transferencia de tecnología ya no solo general como lo permite el artículo 10.9(1), sino también transferencia de tecnología particular. Esto claramente redunda en el desarrollo de la función social de la propiedad.

Así mismo, el artículo sobre requisitos de desempeño en su párrafo 3°, despeja cualquier duda sobre el desarrollo de la función social de la propiedad y el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, según lo establece el Artículo 334 de la Constitución. Según dicho párrafo, el otorgamiento de una ventaja a una inversión sí puede ser condicionada a que el inversionista, *"Ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio"*.

En relación con la manifestación según la cual el TLC viola el principio de la administración de justicia como función pública a través de los tribunales de arbitramento, cabe recordar que el artículo 8° de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone:

"ARTICULO 8°. ALTERNATIVIDAD. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios".

Y que sobre tales mecanismos de alternatividad, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

"Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, artículos 1° y 2° C. P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la Rama Judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas 'alternativas para la resolución de los conflictos', con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico. Naturalmente, entiende la Corte que es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales –no sobra aclararlo– no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia.

Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema este que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (numeral 5) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (numeral 6). Con todo, conviene puntualizar que el término 'asociados' que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas, Finalmente, debe señalarse que esta Corte no comparte los argumentos presentados por uno de los intervinientes en el presente proceso, en el sentido de que la norma bajo revisión es inexequible toda vez que el artículo 116 de la Constitución no consagra estas formas de administrar justicia.

Al respecto, conviene recordar que el artículo 116 de la Carta hace una enunciación de los órganos y personas encargados de administrar justicia, sin que ello signifique, de una parte, que todos ellos integren la rama judicial ni, de la otra, que cualquier otra autoridad o particular, con base en las atribuciones respectivas, no pueda dirimir o componer determinados conflictos de orden jurídico, según los postulados que fijen la Carta Política y la ley. En cuanto al primer aspecto, el Título VIII de la Carta Política enumera y regula las funciones de las jurisdicciones y los órganos pertenecientes a la Rama Judicial, esto es, la jurisdicción constitucional (artículos 239 a 245), la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 236 a 238), la jurisdicción

ordinaria (artículos 234 y 235), la Fiscalía General de la Nación (artículos 249 a 253), las jurisdicciones especiales (artículos 246 y 247) y el Consejo Superior de la Judicatura (artículos 254 a 257). Como puede apreciarse, el artículo 116 faculta a otras instituciones del Estado (Congreso, Tribunales Militares) o a otras personas (autoridades administrativas, particulares) para administrar justicia, sin que ellas hagan parte de la rama judicial. Respecto al segundo argumento, se tiene que la Constitución misma permite a ciertas autoridades, instituciones o personas administrar justicia, las cuales no hacen parte del listado contenido en el 116 superior. Tal es el caso, por ejemplo, de las autoridades indígenas o de los jueces de paz. En igual forma, puede decirse que determinados particulares pueden cumplir con esas funciones, en los términos que señala el citado artículo 116 superior.

En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo" (Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Finalmente, respecto de las afirmaciones de que el TLC viola el principio constitucional según el cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado por otorgar dicha dirección a los inversionistas privados, y viola el mandato constitucional de privilegiar la integración latinoamericana, los ponentes encontramos carente de sustentación e infundada la primera, y errónea la segunda.

De una parte, el artículo 227 de la Constitución otorga a la integración latinoamericana un carácter especial que el mismo canon concreta en la posibilidad de crear organismos supranacionales latinoamericanos, mediante la celebración de tratados equitativos, igualitarios y recíprocos, asunto que el Estado colombiano ha desarrollado mediante la celebración de tratados y acuerdos como el de la CAN, el G3, el ACE 24 con Chile, el acuerdo CAN-Mercosur y el TLC con el llamado Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Honduras y Guatemala), actualmente en la fase final de su negociación.

Y de otra parte, el mismo canon constitucional y el anterior (226), claramente asignan al Estado la promoción de la integración económica, social y política con las demás naciones del mundo y la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, que es precisamente a lo que responde la celebración de tratados internacionales.

4. **Soberanía Nacional.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Gabriel Pérez de la CGT, afirma que el TLC viola aspectos fundamentales propios de la soberanía nacional. En el mismo sentido se expresan: Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos, Daniela Vergara y Román Tirado Ariza de la Universidad Libre, Manuel Giraldo de la Federación de Organizaciones de la Sociedad Civil de Soledad (Focsol) y Henry Caballero del CRIC;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

La negociación del Tratado de Libre Comercio, su aprobación legislativa y su ratificación, son decisiones soberanas de los diferentes poderes públicos elegidos democráticamente por el pueblo colombiano. Este proceso, transparente y participativo, se adelantó teniendo en cuenta los siguientes artículos de la Constitución Política:

"ARTICULO 9°. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

"ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

… 2. Dirigir las relaciones internacionales… y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso".

"ARTICULO 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional".

"ARTICULO 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones".

"ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

… 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".

Es claro que los procesos de integración implican en parte cesión de soberanía; así, por ejemplo, los países miembros de un acuerdo no pueden modificar arbitrariamente las tarifas arancelarias. Entre más profundo sea el proceso de integración mayor es la cesión de soberanía, como lo muestra la circulación del euro en la Unión Europea, que significa la renuncia de los países miembros a tener una política monetaria autónoma. Para la Unión Europea, *"Compartir la soberanía significa, en la práctica, que los Estados miembros delegan algunos de sus poderes decisorios en las instituciones comunes creadas por ellos para poder tomar democráticamente y en el nivel europeo decisiones sobre asuntos específicos de interés conjunto* [36]".

Pero en zonas de libre comercio, como el TLC, no se avanza hasta tales niveles de integración y se deja explícita la preservación de la discrecionalidad del Estado en muchos temas relacionados con aspectos generales de la economía o con temas de la política social. En los tratados de libre comercio no se negocia ni la política macroeconómica, ni la política sectorial, y mucho menos la política social. Esto significa que se mantiene la autonomía en la política fiscal y se preserva la independencia de la autoridad monetaria, crediticia y cambiaria.

También significa que se negocia el acceso de productos del sector agropecuario, pero no la política agropecuaria; se negocia el acceso de bienes industriales y de servicios, pero no la política de desarrollo empresarial. Por lo tanto, el Estado sigue contando con todos los instrumentos necesarios para lograr el desarrollo económico del país y luchar contra la pobreza y la desigualdad; el TLC forma parte de esas herramientas al repercutir en mayor crecimiento de la economía y generación de empleos.

En el texto del tratado hay referencias a políticas sectoriales, como la siguiente, que está contenida en el numeral 2 del artículo 18.2 del Capítulo XVIII, sobre Medio Ambiente:

"*Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales*".

Es evidente que el texto no implica la eliminación de la autonomía del gobierno para legislar en materia ambiental, pero se asume el compromiso de no deteriorar la legislación para obtener beneficios comerciales.

En el Capítulo IX sobre Contratación Pública, el numeral 9.1.7 señala:

"Ninguna disposición de este Capítulo impedirá a una Parte desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o medios contractuales, siempre que sean compatibles con este Capítulo".

Los compromisos a que se hace referencia son básicamente de transparencia en los procesos de licitación de compras públicas y de no discriminación entre proveedores de esas compras.

En otros casos las referencias a la política tienen como objetivo dejar explícitas excepciones a los compromisos adquiridos en el Tratado. Un ejemplo de ello es el referido a la política social en el Anexo II "Medidas disconformes para servicios e inversión – Colombia– Sector 4 – Servicios Sociales": Allí se acordó que:

"Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a la aplicación y ejecución de leyes y al suministro de servicios correccionales, y de los siguientes servicios en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o se mantengan por razones de interés público: readaptación social, seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social (nota de pie de página), bienestar social, educación y capacitación pública, salud y atención infantil.

(nota de pie de página: "Para mayor certeza, el sistema de seguridad social integral en Colombia está comprendido actualmente por los siguientes sistemas obligatorios: el Sistema General de Pensiones, el sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Profesionales y el Régimen de Cesantía y Auxilio de Cesantía").

En un ejemplo hipotético, esto significa que el Gobierno puede tomar la decisión de dar un subsidio a las instituciones de capacitación colombianas

36 Tomado de la página oficial de la Unión Europea: http://europa.eu/institutions/index_es.htm

que atienden sectores pobres de la población, y no tiene que extenderlo a las posibles instituciones norteamericanas que también lo hagan. La disciplina general de *trato nacional* contenida en el TLC indica que ambos gobiernos asumen el compromiso de dar trato igual a los prestadores de servicios, sean estos nacionales o estadounidenses; lo que hace el anexo mencionado es señalar que el Gobierno de Colombia no aplicará ese compromiso a los sectores mencionados.

5. **El TLC y la Comunidad Andina**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Rodolfo Ramírez de la Universidad Libre ve con preocupación las dificultades que se pueden presentar en el comercio colombo – venezolano debido a la firma del TLC;

b) ***Consideraciones de los ponentes.***

El cuestionamiento formulado por el interviniente, debe analizarse en primera instancia desde la perspectiva más amplia de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, que regula las relaciones comerciales entre Colombia y los demás países de la subregión.

Venezuela se vinculó a la CAN durante sus primeros años y el comercio bilateral se rigió hasta hace pocos meses por dicho acuerdo que llegó a establecer un área de libre comercio y trató de avanzar en la consolidación de un arancel externo común. A pesar de las consideraciones que tuvo Colombia y los demás países andinos durante la negociación del TLC, para que los beneficios de la negociación se extendieran a sus socios y su apego estricto a la normativa comunitaria, Venezuela, por razones políticas y con el respaldo económico de sus abundantes recursos naturales, tomó la decisión de retirarse de la Comunidad Andina.

A comienzos de los años noventa, la CAN, en consonancia con la evolución de los procesos de integración en el mundo, dio un paso desde el "regionalismo cerrado" hacia el "regionalismo abierto". El primero postulaba la integración entre los miembros de un acuerdo y el cierre a las posibilidades de brindar acceso preferencial amplio a otros países. El segundo postula que la integración en un bloque no excluye la posibilidad de que sus miembros se integren con otros bloques o países, mediante negociaciones individuales o en conjunto. Con base en este principio, la CAN desarrolló una normatividad que permite a sus miembros adelantar negociaciones comerciales con terceros países, dentro de la cual cabe destacar la adopción de la Decisión 598 de 2004.

Durante la negociación del TLC, Colombia se ciñó a la Decisión Andina 598, aprobada por unanimidad (incluyendo a Venezuela), mediante la cual se establecen las siguientes obligaciones de los países miembros de la CAN en la negociación de acuerdos comerciales con terceros países:

"*Artículo 2°…*

a) Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina;

b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial;

c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad.

(..)

Artículo 5°. Una vez concluida la negociación, se deberá dar aplicación al principio de la Nación Más Favorecida de conformidad con el ordenamiento jurídico andino".

La Secretaría General de la CAN realizó en el primer semestre de 2006 una revisión minuciosa de cada uno de los capítulos del TLC a la luz de la legislación andina. En el documento "Elementos para una evaluación del Tratado de Libre Comercio de Colombia y Perú con Estados Unidos, frente al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" encontró que lo acordado en el TLC es compatible con la CAN.

Adicionalmente, en el preámbulo del tratado se hace un reconocimiento explícito a la importancia de ese acuerdo y a la preservación de la legislación andina en las relaciones entre los países de la Comunidad que firmen el Tratado. Dice así:

"*RECONOCER que Colombia es miembro de la Comunidad Andina y que la Decisión 598 de la Comunidad Andina requiere que cuando los países andinos negocien acuerdos de comercio se preserve el Ordenamiento Jurídico Andino en las relaciones recíprocas entre los países miembros del Acuerdo de Cartagena*".

Además, el capítulo de solución de controversias establece la inaplicación del TLC en relación con disputas entre miembros de la Comunidad Andina con respecto a una violación de la legislación comunitaria.

Cabe destacar que para la negociación del TLC, Colombia consultó a los Gobiernos Andinos sobre sus sensibilidades y las tuvo efectivamente en cuenta. En el caso de Venezuela, tuvo en cuenta la sensibilidad manifestada sobre licores, por lo cual Colombia modificó su oferta inicial de desgravación inmediata, por otra a 10 años que quedó en el Acuerdo. Pero además, consideró otras sensibilidades no manifestadas por Venezuela (petroquímica, siderurgia, metalmecánica y sector automotriz) para las que se acordaron condiciones de acceso y reglas de origen favorables a los intereses y sensibilidades venezolanos. En el caso de Bolivia, Colombia tuvo muy en cuenta sus sensibilidades sobre soya y sus derivados. Por tal razón, para el aceite crudo de soya se acordó un cronograma de desgravación a 10 años y para el aceite refinado de 5 años.

De igual manera, en cumplimiento del artículo 2° de la Decisión 598, Colombia mantuvo un intercambio de información y consultas con Venezuela y Bolivia durante toda la negociación en la medida y grado de detalle que sus respectivos gobiernos consideraron adecuados. Incluso, durante todo el período en que hubo una negociación conjunta de Colombia, Ecuador y Perú con Estados Unidos, es decir, desde mayo de 2004 hasta noviembre de 2005, Bolivia participó en las mesas de negociación del TLC en calidad de observador.

Se tiene entonces, que todas las obligaciones establecidas en el artículo 2° de la Decisión 598 de la Comisión de la Comunidad Andina, fueron cumplidas a cabalidad por el Gobierno de Colombia y una vez entre en vigor el TLC, el Gobierno ha anunciado que se dará cumplimiento a la aplicación del principio de Nación más Favorecida a favor de los miembros de la CAN.

A pesar de lo anterior, hay quienes opinan que la suscripción del TLC con los Estados Unidos acarrea dos riesgos para los países de la CAN que no participaron en esa negociación: la triangulación y la desviación de comercio.

Aun cuando los Estados miembros han suscrito varios acuerdos comerciales, la triangulación no ha prosperado en el seno de la CAN como consecuencia de las normas de origen vigentes. Por tal razón, no tiene asidero el argumento que sostiene que se producirá triangulación comercial derivada del TLC con los EE.UU.

Con relación al segundo aspecto, es natural que los procesos de integración ocasionen algún grado de "desviación de comercio", lo que presume la sustitución por proveedores más eficientes y, por ende, un beneficio para los consumidores finales. Sin embargo, hay otro efecto paralelo, que es conocido como "creación de comercio", esto es, el incremento en la producción de sectores eficientes que aprovechan las ventajas del acceso preferencial.

Un documento reciente de la Secretaría General de la CAN ("Consideraciones sobre los efectos en el comercio intracomunitario de los acuerdos comerciales suscritos por los países Andinos con terceros"), hace una medición de los dos efectos en acuerdos realizados bajo la Decisión 322 de 1992. Esta Decisión autorizó a los países miembros de la CAN (no necesariamente en bloque) la realización de acuerdos comerciales con otros países miembros de la ALADI. Con base en ella se firmaron múltiples acuerdos, como el del G3 en 1994 y el de Bolivia con Mercosur en 1996.

Los cálculos de la CAN señalan que los diferentes acuerdos ocasionaron desviación de comercio por un monto de US$436 millones, tomando el efecto conjunto para los cinco miembros. Pero el comercio andino no desviado (aproximación a la creación de comercio) aumentó en US$805 millones. Significa lo anterior que la integración de algunos miembros de la CAN con otros países generó un comercio intracomunitario que duplicó el que se perdió por el efecto de desviación. El balance neto fue, por lo tanto, un incremento del comercio, necesariamente vinculado a aumentos en producción y, posiblemente, en empleo e inversión.

De lo anterior se puede concluir que nada en el TLC con Estados Unidos apunta a la destrucción de la CAN. Los problemas de la Comunidad Andina tienen explicación en campos diferentes al de esa negociación.

Para el caso particular de Venezuela que dejó de ser parte de la CAN, debe mencionarse que las normas de origen del TLC son flexibles y permiten que Colombia exporte productos elaborados en Colombia con materias primas venezolanas en industrias como la siderurgia, la metalmecánica y la petroquímica, lo cual puede beneficiar sustancialmente al país vecino.

Los ponentes reconocemos la importancia de la relación colombo–venezolana e instamos a los gobiernos a que se trabaje por el fortalecimiento de los lazos entre las dos naciones.

6. **Participación Ciudadana en el TLC.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Gabriel Pérez Fuentes de la CGT, sostuvo que el TLC se negoció sin consultar el interés nacional y se hizo de espaldas al país. De igual manera, afirmó que "los sectores sociales, populares, mediano y pequeño empresariales no fueron consultados respecto de los impactos que a cada uno de ellos les va ha (sic) significar la puesta en marcha del TLC".

Sin embargo, Luis Carlos Villegas de la ANDI, y en su momento presidente del Consejo Gremial Ampliado, afirmó que el sector privado participó todo el tiempo en la negociación;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Teniendo en cuenta la información suministrada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la experiencia de algunos de los ponentes que acompañaron activamente el proceso de la negociación del TLC, consideramos que dentro de los mandatos constitucionales y legales, este fue el proceso más ampliamente participativo del que se tenga memoria en el país. Por la efectividad de esa participación y la transparencia de la negociación, veló la Procuraduría General de la Nación.

Según esta entidad, *"el equipo negociador, coordinado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, estuvo atento a hacer efectivos los principios constitucionales de la transparencia y de la participación ciudadana"*. La Procuraduría señala que durante la etapa de negociación, se organizó el Cuarto de Lectura para que todos los interesados consultaran los textos en discusión; se realizaron sesiones informativas en la Plaza de los Artesanos después de cada ronda; se socializaron permanentemente todos los aspectos de la negociación a través de reuniones y talleres y promoviendo la participación ciudadana en el llamado Cuarto de al Lado que funcionó diariamente en todas y cada una de las rondas de negociación; y se contó con dos páginas de Internet, a través de las cuales se dieron a conocer todos los aspectos de la negociación.[37]

Reconoce la Procuraduría, que *"fueron programadas, en diferentes ocasiones, reuniones con representantes del sector sindical colombiano y con las comunidades indígenas y afrocolombianos, para lo cual el Gobierno realizó esfuerzos para desplazarse a diversos puntos del país, con el objeto de facilitar la socialización y participación de los mencionados grupos"*[38].

Debe mencionase que la interlocución al interior del gobierno y entre el Gobierno y el sector privado y otros grupos o personas interesadas en la negociación, estuvo regulada por el Decreto 2314 de 2004.

Para responder de mejor manera al interviniente de la CGT, es preciso mencionar algunas cifras que dan cuenta de la participación durante la negociación del TLC:

Número de personas que participaron en diferentes instancias en cada ronda de Negociación

Rondas	Cuarto de acompañamiento del Congreso	Cuarto de al lado	Plaza de artesanos
Ronda I -Cartagena	61	143	206
Ronda II - Atlanta	6	128	245
Ronda III - Lima	11	180	442
Ronda IV -Fajardo	23	171	619
Ronda V - Guayaquil	57	202	522
Ronda VI - Tucson	21	206	343
Ronda VII - Cartagena	114	636	470
Ronda VIII - Washington	24	93	227
Ronda IX - Lima	80	220	360
Ronda X - Guayaquil	4	112	206
Ronda XI - Miami	88	151	178
Ronda XII - Cartagena	135	328	274
Reunión Avance - Washington	4	74	127
Ronda XIII - Washington	25	147	181
Ronda XIV - Washington	4	99	691

1. Como indica el cuadro anterior, en promedio se registró una asistencia de 43 personas en el cuarto de acompañamiento del Congreso (657 asistencias en total), de 192 personas en el cuarto de al lado (2.890 asistencias en total) y de 339 personas en las reuniones posteriores a cada ronda en la plaza de artesanos (5.091 asistencias en total). Estas cifras sólo contabilizan la asistencia a las 14 rondas de negociación y la reunión de avance que tuvo lugar entre las rondas XII y XIII.

2. 131 Congresistas (48,9% de los miembros del Legislativo), de diversos partidos políticos, acompañaron al menos en una ocasión en las rondas de negociación.

3. El Gobierno participó en 58 foros regionales en 23 ciudades del país.

4. Entre marzo de 2004 y diciembre del 2006, el Ministro de Comercio concurrió en 56 ocasiones a debates de control político relacionados con el TLC en el Congreso de la República, muchos de ellos televisados.

Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que la afirmación de que se negoció sin consultar el interés nacional y se hizo de espaldas al país, no tiene ningún fundamento.

7. **TLC y los Derechos de las Minorías y de los Grupos Etnicos.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC*

Según Luz María Correal Pérez de Recalca, "*para garantizar la competitividad internacional, el TLC, precisará de la mano de obra barata, sin posibilidades de organización y flexible de las mujeres, las maquilas se consolidarán como modelo de empleo, se continuará sobreexplotando a las mujeres y se degradarán las condiciones de vida de millares de mujeres y sus familias (…) como es evidente que en Colombia la mujer sufre de manera particular y agravada esta pobreza, el TLC será definitivo en empeorar sus condiciones de vida*". Isabel Londoño de Mujeres por Colombia dijo que las mujeres no habían sido consultadas en la negociación del TLC.

Según Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos, el TLC "*perjudica particularmente a los sectores con menor capacidad de respuesta ante procesos como la flexibilización del mercado laboral y el debilitamiento de los movimientos sociales. En este escenario, las mujeres resultan particularmente vulneradas además porque un gran número trabaja en empresas exportadoras, lo cual se traduce en la precarización de sus condiciones laborales y sus ingresos*".

Henry Caballero del Consejo Regional de Indígenas del Cauca (CRIC), afirmó que las comunidades indígenas no fueron consultadas durante la negociación. En el mismo sentido se pronunció Juan Diego Castrillón de Asicauca. La concejal de Bogotá, Ati Quigua, dijo que el TLC afectaba el agua y la biodiversidad;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Las exposiciones de los intervinientes sobre esta materia no se compadecen con el objetivo general del Tratado y menos aun con las disposiciones específicas en él consagradas. Como se expuso en el primer punto, la experiencia internacional, los resultados de los demás acuerdos firmados entre países latinoamericanos y los Estados Unidos y los estudios realizados sobre los posibles efectos del TLC, indican que esta iniciativa será benéfica para el crecimiento económico, la reducción del desempleo e incluso la lucha contra la pobreza. Por tal razón, no se puede derivar del acuerdo el deterioro de las condiciones de los grupos socialmente en desventaja, entre ellos las mujeres.

En cuanto al deterioro de la legislación laboral que pueda redundar en una precarización del trabajo femenino, cabe mencionar que Colombia preserva absolutamente su potestad normativa en esta materia. De hecho, el espíritu del capítulo XVII del Tratado (Asuntos Laborales), es evitar que las partes deterioren su legislación laboral con el fin de obtener ventajas en competitividad. En este sentido citamos más adelante algunos apartes consignados en el TLC.

En cuanto al deterioro de la legislación laboral que pueda redundar en una precarización del trabajo femenino, cabe precisar que los compromisos que asumieron las partes en el marco del capítulo laboral del TLC están dirigidos a que cada país haga cumplir su propia legislación laboral. Sumado a lo anterior, debe tenerse claro que ante el incumplimiento de dicha obligación, el país infractor puede verse abocado a la imposición de multas pecuniarias y en última instancia someterse a sanciones comerciales (mecanismo de solución de controversias).

Precisamente, el objetivo buscado con el capítulo laboral es evitar que las partes deterioren su legislación laboral con el fin de obtener ventajas en competitividad, objetivo que quedó plasmado en los siguientes artículos del capítulo laboral:

Artículo 17.1: Declaración de Compromisos Compartidos

1. Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamen-

37 Procuraduría General de la Nación. "Informe final de la Procuraduría sobre las negociaciones del TLC con Estados Unidos". Instituto de Estudios del Ministerio Público, noviembre de 2006, p. 46.

38 Ibídem.

tales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT)[39]*. Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el artículo 17.7, sean reconocidos y protegidos por su legislación.*

2. Las Partes reafirman su pleno respeto por sus Constituciones y reconocen el derecho de cada Parte de adoptar o modificar sus leyes y normas laborales. Cada Parte procurará garantizar que sus normas laborales sean consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 17.7, y procurará mejorar dichas normas en tal sentido.

Artículo 17.2: Aplicación de la Legislación Laboral

1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo (…).

2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la observancia de los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el artículo 17.7, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Por otro lado, debe mencionarse que sectores reconocidos por la alta generación de empleo femenino, tales como el sector floricultor, han expresado que el TLC es un factor fundamental para su competitividad. En este sentido, la Senadora liberal Cecilia López, si bien ha reclamado un mejoramiento de las condiciones sociales para las mujeres trabajadoras, principalmente en este sector y en aspectos relacionados con los servicios de salud y la adquisición de vivienda digna, ha reconocido que "*Las flores han sido entonces una oportunidad para que mujeres en edad reproductiva se integren a la economía de mercado y salgan simplemente de la economía del cuidado que no tiene ni remuneración ni reconocimiento (…) Mientras el promedio nacional de mujeres jefes de hogar en el país es del 30%, las trabajadoras en los cultivos de flores son cabeza de familia en un 90%"*[40]. De no aprobarse el TLC, este sector y muchos otros se verían seriamente afectados con las respectivas consecuencias negativas para el empleo.

Por otro lado, cabe mencionar que la potestad del Estado colombiano de adoptar iniciativas de política pública a favor de minorías social o económicamente en desventaja y a sus grupos étnicos, no se ve limitada por el TLC. En el Anexo II, se incluyó la siguiente excepción de la aplicación de los principios generales del acuerdo en inversión y comercio transfronterizo de servicios en este sentido:

"***Sector: Asuntos Relacionados con las Minorías y los Grupos Étnicos***

Obligaciones Afectadas:

Trato Nacional (artículos 10.3 y 11.2).

Trato de Nación más Favorecida (artículos 10.4 y 11.3).

Acceso a los Mercados (artículo 11.4).

Presencia Local (artículo 11.5).

Requisitos de Desempeño (artículo 10.9).

Altos Ejecutivos y Juntas Directivas (artículo 10.10).

Descripción: ***Inversión y Comercio Transfronterizo de Servicios***

Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja y a sus grupos étnicos incluyendo con respecto a las tierras comunales de propiedad de los grupos étnicos de conformidad con el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia. Los grupos étnicos en Colombia son: los pueblos indígenas y ROM (gitano), las comunidades afro colombianas y la comunidad raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina".

Otro argumento expuesto por los intervinientes es que los grupos indígenas no fueron consultados sobre la negociación del TLC. Los ponentes, tras revisar toda la documentación remitida por el Gobierno Nacional, comparten la apreciación de la Procuraduría de que se realizaron los mejores esfuerzos posibles para lograr concertar con los grupos étnicos[41] sin que esto fuera posible por la reticencia de algunas de las comunidades en mención quienes presentaron una posición radical de oposición al TLC.

Al respecto, nos permitimos presentar los siguientes datos:

• Los grupos étnicos pudieron acceder a los espacios de participación abiertos para la sociedad civil, en general como fueron: Reuniones informativas después de cada ronda en la Plaza de Artesanos, cuarto de lectura, boletines y cartillas informativas sobre las negociaciones internacionales, página de Internet del Ministerio de Comercio.

• Adicionalmente, se crearon espacios exclusivos para estos grupos con el objetivo de presentar los distintos temas incluidos en la negociación y promover las discusiones en torno a los temas de interés de los grupos étnicos.

• Con los pueblos indígenas, se llevó a cabo un proceso de socialización en coordinación con las Organizaciones Nacionales Indígenas ONIC, OPIAC Y CIT. Se realizaron 6 talleres en las macro regiones de la Orinoquia, Amazonia, Occidente, Andina y Norte, donde participaron alrededor de 260 representantes indígenas.

• Con las comunidades afrocolombianas y raizales se realizaron 12 reuniones en el marco de las Comisiones Consultivas en el nivel Departamental, Regional y Distrital establecidas en el Decreto 2248 de 1995, en Bogotá D.C, Caldas, Antioquia, Santander, Putumayo, Chocó, Nariño, Risaralda, San Andrés, Región Caribe, Cauca y Valle del Cauca, donde participaron alrededor de 360 representantes afrocolombianos.

• El Gobierno Nacional financió la participación de representantes de los grupos étnicos desde la IX Ronda de Negociación con el fin de garantizar su asistencia en el "Cuarto de al Lado".

• Se desarrollaron alrededor de 50 encuentros exclusivos con los grupos étnicos entre talleres, reuniones informativas, reuniones técnicas, reuniones con los representantes de las organizaciones. Estos encuentros tuvieron lugar en más de 15 poblaciones y ciudades del país y en el marco de las rondas de negociación en el nivel nacional e internacional.

• En cuanto a la consulta con los pueblos indígenas, se programó una Mesa Permanente de Concertación la semana del 24 al 28 de octubre de 2005, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1397 de 1996, sin embargo durante la celebración de la Mesa los mismos representantes Indígenas decidieron sacar de la Agenda el tema del TLC y no escuchar ni concertar con el Gobierno Nacional.

• En relación con la consulta con los afrocolombianos y raizales, el Equipo Negociador presentó una propuesta de consulta a los representantes de estas comunidades, sin embargo estos nunca se pronunciaron al respecto.

• En el proceso de Socialización con los grupos étnicos el Gobierno Nacional invirtió la suma de $462.443.039.

Debe mencionarse además, que uno de los temas de mayor preocupación para los grupos indígenas fue el de la protección a la biodiversidad en el cual Colombia obtuvo importantes compromisos de Estados Unidos, con el fin de contribuir a solucionar el problema de la biopiratería que se presenta en la actualidad. Este tema se expondrá más adelante en las consideraciones respectivas.

Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que nada en el tratado va en detrimento de los grupos sociales o económicamente en desventaja y que, por el contrario, muchos aspectos del mismo pueden contribuir al mejoramiento de la situación de pobreza que vive el país. Sin embargo, conminamos al gobierno para que continúe adoptando políticas públicas encaminadas a mejorar las condiciones laborales y el bienestar general de estos grupos.

8. **Pequeñas y medianas empresas.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Juan Alfredo Pinto de la Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Industrias (Acopi), envió una ponencia que fue leída en la audiencia pública. En ella afirma que el TLC logra la desgravación arancelaria de 550 Partidas

39 Las Partes reconocen que el párrafo 5° de la Declaración de la OIT establece que los estándares laborales no deberán utilizarse para fines comerciales proteccionistas.

40 Cecilia López Montaño. "La mujer y las flores colombianas". Bogotá: febrero 17 de 2006. www.cecilialopezcree.com.

41 "Adicionalmente, fueron programadas, en diferentes ocasiones, reuniones con representantes del sector sindical colombiano y con las comunidades indígenas y afrocolombianas, para lo cual el Gobierno realizó esfuerzos para desplazarse a diversos puntos del país, con el objeto de facilitar la socialización y participación de los mencionados grupos". Procuraduría General de la Nación. "Informe final de la Procuraduría sobre las negociaciones del TLC con Estados Unidos". Instituto de Estudios del Ministerio Público, noviembre de 2006, p. 46.

arancelarias por las cuales se clasifican bienes producidos por las Pyme. El 90% de las materias primas e insumos que utilizan las empresas metalmecánicas, confeccionistas, de artes gráficas y de panadería podrán importarse de los Estados Unidos con arancel cero, una vez entre en vigencia el Tratado, o a más tardar en un término de desgravación no superior a 5 años. En el mismo sentido sostiene que bienes como el algodón, los laminados en caliente y en frío, el trigo, la harina de trigo, los papeles especiales y los insumos para la construcción, entre otros también tendrán libre acceso con lo cual se logra el desvertebramiento de actividades monopólicas e ineficientes en el País.

Pinto alabó que en la negociación se derrotara la importación de bienes usados (petición de EE.UU.) en cualquier sector, que atenten contra la producción nacional o contra la seguridad y vida de las personas al mantenerse el régimen actual de licencia previa. Desde el punto de vista ofensivo, destacó la flexibilidad para cumplir con normas de origen al exportar en el sector de confecciones, al permitirse la incorporación de ciertos insumos provenientes de terceros países.

Resaltó que por primera vez en un Tratado suscrito por los Estados Unidos, la Comisión Administradora del Acuerdo, máximo órgano, tendrá como función supervisar y monitorear el impacto que el TLC pueda causar en los segmentos Pyme. En el mismo sentido destacó la apertura del mercado de compras públicas en Estados Unidos.

A partir de la suscripción del tratado las licitaciones públicas inferiores a "300 millones de pesos" aproximadamente donde participen Pymes, no involucrarán firmas norteamericanas.

El presidente de Acopi lamentó que no se lograra una desgravación más rápida de los insumos derivados de la petroquímica, ni el trato nacional para la Pyme en las compras estatales en los Estados Unidos;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Los ponentes consideramos que Acopi es un gremio representativo de las pequeñas y medianas empresas PYME que representan la mayoría del aparato productivo nacional. Por tal razón, valoramos las opiniones de su presidente tanto en la audiencia pública como durante las deliberaciones que sobre el TLC han adelantado las Comisiones Segundas Conjuntas de Senado y Cámara y que en términos generales estiman que el Tratado ofrece un balance positivo para este tipo de empresas.

Sin embargo, debe reconocerse que la categoría "Pyme" se refiere a un tipo particular de empresa, catalogada como tal en razón a su tamaño, pero que abarca todos los sectores de la economía. Por tal razón, si bien el TLC acarrea beneficios transversales para este tipo de empresas y nada en el Tratado o en la estructura del comercio internacional atenta contra este tipo de empresas que se han caracterizado por su gran flexibilidad para adaptarse y competir en el cambiante mundo globalizado, debe precisarse que la mejor o peor suerte de cada una de ellas está ligada también al sector de la economía al cual pertenecen.

En términos generales, la experiencia internacional ha demostrado que las Pymes obtienen beneficios de los tratados de libre comercio. Al respecto, como se mencionó anteriormente, el Gobierno chileno en su último informe sobre su TLC con Estados Unidos ha afirmado que:

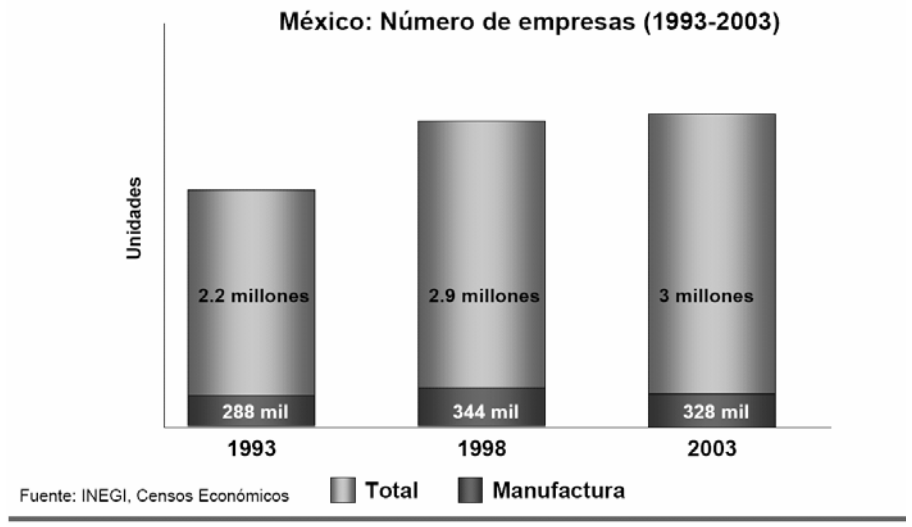
"Existe una gran diversificación de productos exportados a los EE.UU. Durante el año 2005, 2.096 empresas enviaron una variedad de 2.065 productos a EE.UU., siendo este país el principal destino de las exportaciones manufactureras y también de la Pyme. Esto incide directamente en la creación de empleo y ayuda a distribuir mejor los beneficios del TLC"[42].

En el mismo sentido, el caso de México tras la firma del Nafta, indica que las Pymes no se perjudican con los acuerdos de libre comercio. Para demostrar esta afirmación, nos permitimos transcribir un documento inédito del Director de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio, Hernán Avendaño, titulado "El póquer del mentiroso" en el cual se hace un análisis de las cifras oficiales de México para ver qué tan cierto es que "*el TLC barrió con buena parte de la pequeña y mediana industria, que era la que daba más empleo*".

"*En el gráfico 1° se observa que el número total de empresas en México ha crecido continuamente, y que el mayor crecimiento se dio entre 1993 y 1998. Se observa también que el número de empresas manufactureras creció en 56 mil entre 1993 y 1998, pero se redujo entre 1998 y 2003 en 16 mil. Aún así, el último dato es mayor que el registrado antes del Nafta.*

42 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. "Evaluación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU. 2005". Marzo de 2006. www.prochile.cl. p. 2.

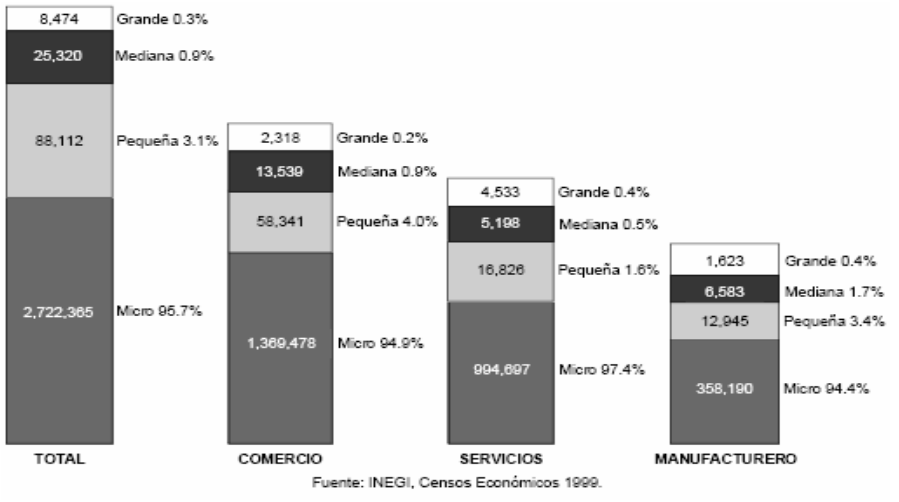
Gráfico 1



El gráfico 2 muestra la composición de las empresas mexicanas por tamaño, según la información del censo económico de 1999. Es evidente que más del 94% de las empresas son microempresas y que las empresas grandes, en el mejor de los casos, apenas representan el 0.4% del total. Ahora bien; si el número total de empresas creció en 700 mil entre 1993 y 1999 y el número de empresas grandes apenas es de 8.474, es natural concluir que el incremento se explica fundamentalmente por el mayor número de Mipymes. También es obvio que no fueron 'barridas'".

Gráfico 2

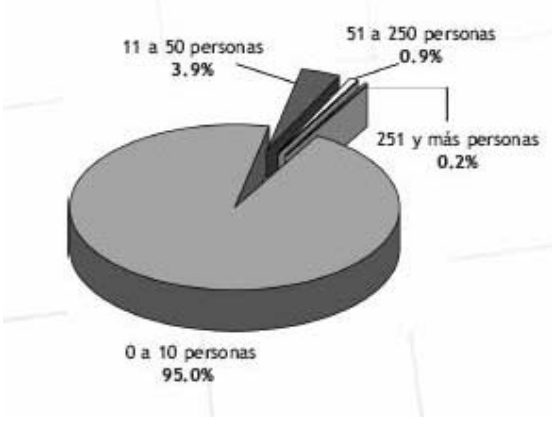
Composición de las empresas de México por tamaño y sector 1999
(Total de establecimientos y participación porcentual)



Esa información es sólo de 1999, lo que podría dar lugar a dudas sobre lo que ocurrió en los años siguientes. El gráfico 3 ayuda a entender qué pudo haber pasado. Los resultados del censo económico de 2004 indican que las Mipymes aumentaron su participación en el total de empresas y que las grandes lo redujeron (0.2% del total).

Gráfico 3

Composición de las empresas de México por tamaño de personal ocupado 2003



Queda contundentemente demostrado que las empresas Mipyme de México lejos de ser barridas han ganado participación en el mercado. Si ellas son las que generan mayor empleo, no debería quedar duda sobre el impacto positivo de la dinámica de estas empresas en la economía".

9. **Agricultura**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Jorge Bedoya de la Federación Nacional de Avicultores, Fenavi, afirma que la negociación del TLC fue perjudicial para el sector avícola nacional.

Gabriel Pérez de la CGT, sostiene que "*en el tema agrícola encontramos que nuestros productores se verán enfrentados a productores en los Estados Unidos, que al año 2012 habrán de recibir ayudas cercanas a los 180 mil millones de dólares*". De igual manera Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos, ataca también la existencia de subsidios en EE.UU. y se muestra en contra de la desgravación en agricultura y la eliminación del SAFP. Sobre el tema de los subsidios agrícolas en Estados Unidos, se pronunció también Manuel Giraldo de Focsol, quien afirmó que nuestros agricultores no pueden competir en igualdad de condiciones con los de ese país.

Rodolfo Ramírez de la Universidad Libre, ve con preocupación el impacto del tratado en el sector avícola y lácteo (por la desgravación de la leche en polvo y los lactosueros) y afirma que el acceso real al mercado de EE.UU. es difícil por los altos estándares sanitarios en ese país. De igual manera, expresa preocupación por el hecho de que la denominación de origen del Café de Colombia no haya sido aceptada por los Estados Unidos.

Aurelio Suárez Montoya de la Asociación Nacional por la Salvación Agropecuaria, dice representar a 100 mil productores que nunca fueron consultados por el Gobierno Nacional durante la negociación. Suárez se refirió a la no eliminación de las ayudas internas en los Estados Unidos las cuales permiten a ese país exportar productos a precios de dumping.

De igual manera, según Montoya, EE.UU. excluyó de la negociación la cadena del azúcar mientras que Colombia no excluyó nada, a pesar de que en una consulta popular se votó para que así se hiciera con el arroz. Afirmó también que la soberanía alimentaria se entrega con el TLC. Igualmente, sobre el tema del arroz y otros productos como el trigo se pronunció Carlos Arturo García, arrocero del Tolima quien se mostró pesimista sobre las posibilidades de Colombia para competir.

Según Suárez Montoya, el hecho de que declaraciones de gremios agrícolas estadounidenses digan que van a aumentar las exportaciones de ese país a Colombia, es una prueba de que el TLC viola el artículo 65 de la Constitución Política de Colombia. Dijo además que el TLC no implicaría una reducción de costos para los consumidores, lo cual quedaba demostrado con el caso del precio de la tortilla de maíz en México después del Nafta, la cual triplicó su precio real. Adicionalmente, demeritó las posibilidades de que Colombia se dedique a producir bienes agrícolas con potencial exportable, tales como macadamia y pitahaya.

Fernando Barberi e Iván Cardona de Planeta Paz, presentaron un estudio sobre la negociación agrícola en el TLC. Barberi considera que la negociación no fue equitativa por varias razones: Se obliga a Colombia a desmontar el Sistema Andino de Franjas de Precios (SAFP) y el Mecanismo de Administración de Contingentes (MAC) mientras que EE.UU. mantiene las ayudas internas; se estableció un contingente cerrado para azúcar y productos de la cadena del azúcar en EE.UU. pero no se excluyó ningún producto en Colombia; se incluyó una cláusula de preferencia agrícola no recíproca, según la cual Colombia debe extender a EE.UU. todas las concesiones que haga a terceros países en agricultura; y, desde el punto de vista de porcentaje comercio, dice que Colombia otorgó una mayor proporción en desgravación inmediata que la que concedió Estados Unidos. Según Barberi, Estados Unidos fue mucho más laxo en la negociación con los centroamericanos en el marco del Cafta.

Iván Cardona dijo que con el TLC se verían perjudicados los bienes hoy cobijados por el Sistema Andino de Franjas de Precio y, en el largo plazo, también el aceite de palma y la carne de pollo. Desde el punto de vista ofensivo, Cardona afirmó que son productos ganadores en el corto plazo (6 años), azúcar, etanol y tabaco, en tanto que las flores mantienen su estado actual. En el largo plazo, serían ganadores las frutas y hortalizas, los biocombustibles diferentes a etanol y la carne de bovino. Dijo además, que no podían cuantificar objetivamente las ganancias, ya que estos productos no tienen aún una oferta exportable suficiente y están sujetos al desarrollo del capítulo sanitario del TLC.

Esther Quemba de la corporación Coimpapa, dijo que los cultivadores de papa no están preparados para competir y criticó la diferencia de subsidios entre Colombia y los Estados Unidos, en tanto que pidió no sobrevalorar las ventajas del Tratado. De igual manera, Aura Martínez, campesina de Boyacá, dijo que no conocía el TLC, pero se refirió al impacto negativo que sobre la agricultura tuvo la apertura económica.

Por otra parte, Augusto Solano de Asocolflores, dijo que su sector representaba alrededor de 7 mil has. cultivadas, 111 mil empleos directos y 94 mil indirectos, 65% de los cuales son mujeres y el 4% del PIB agropecuario. Afirmó igualmente que para los floricultores, la aprobación del TLC era fundamental, toda vez que el 95% de la producción total de flores se exporta, principalmente a los Estados Unidos. De no conservarse las preferencias arancelarias otorgadas en principio por el ATPDEA y consolidadas a través del TLC, el sector floricultor no podría competir, no solo con países como México y Guatemala que ya tienen un tratado con los Estados Unidos, o como Costa Rica que está ad portas de ratificarlo, sino que también podría ser desplazado por otros bienes sustitutos de las flores.

Adicionalmente, alabó la negociación de normas de origen que son lo suficientemente flexibles para permitir el aprovisionamiento del sector con importaciones de semillas y esquejes de terceros países y defendió el capítulo Sanitario y Fitosanitario que adquiere gran importancia para la solución de los eventuales obstáculos de este tipo, impuestos a la producción nacional.

Luis Fernando Londoño de Asocaña, dijo que el sector por él representado, generaba 252 mil empleos directos. En cuanto a la negociación del TLC se mostró satisfecho con el aumento importante del contingente para exportar azúcar a EE.UU. y con el libre acceso que tendrá el etanol a ese mercado, una vez entre en vigencia el TLC. En cuanto a las amenazas para su sector, se refirió a la posible importación de jarabes de maíz desde los Estados Unidos, sin embargo, se mostró satisfecho por el período de desgravación de 9 años, en una coyuntura en la cual se espera que los precios internacionales del maíz aumenten gracias al auge de los combustibles biológicos.

Fernando Leyva de la Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán) dijo que el TLC representa una gran oportunidad y los resultados finales dependen de la implementación de una buena agenda interna. Se refirió al Tratado entre la CAN y el Mercosur el cual abrió mercados para los verdaderos competidores de la ganadería colombiana y dijo que con EE.UU., un gran productor, pero también un gran importador, se abrían muchas posibilidades de exportación de cárnicos y lácteos en un futuro. Fedegán le pidió al Congreso aprobar el TLC entre Colombia y los Estados Unidos e hizo un llamado a los sectores ganadores a favor del TLC para que se expresaran y demostraran a la opinión pública que ellos son mayoría.

Rafael Mejía de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC), gremio cúpula del sector agropecuario, hizo un balance de la negociación en el sector. Mejía considera satisfactoria la creación de un comité de medidas sanitarias y fitosanitarias y la consolidación del Atpdea, medidas que abren oportunidades para las exportaciones agropecuarias. Afirma que el TLC debe complementarse con la aprobación en el Congreso de los proyectos de Ley "Agro Ingreso Seguro" y Desarrollo Rural.

En su balance global del Tratado, afirmó que el TLC es "manejable" en el corto plazo, si se acompaña de los mecanismos antes mencionados, los cuales avanzan satisfactoriamente, y abre grandes oportunidades en el largo plazo. Por las razones expuestas, espera que el tratado sea aprobado por el Congreso lo más pronto posible;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En primer lugar queremos hacer referencia al estudio sobre el capítulo agrícola, presentado por Fernando Barberi e Iván Cardona quienes en general presentan una visión pesimista del TLC entre Colombia y los Estados Unidos[43].

Al respecto cabe mencionar que los ponentes compartimos con el Gobierno que existen algunas fallas metodológicas en el estudio y que su carácter conservador le impide dar cuenta de muchas externalidades positivas derivadas del TLC que sin duda van a resultar benéficas para la agricultura nacional. Sin embargo, reconocemos que varias de las recomendaciones de los académicos deben ser estudiadas cuidadosamente por el Gobierno Nacional ya que pueden redundar en un mejor aprovechamiento de las oportunidades que abre el Tratado de Libre Comercio.

En cuanto a la metodología del estudio, el Ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias, respondió a los autores con un artículo publicado en las lecturas de *El Tiempo* el 11 de noviembre de 2006, del cual se extraen los siguientes párrafos:

"*…Tan distinguidos autores suponen que el comportamiento de los agentes económicos será invariante antes y después del TLC. Esto no sólo desafía el sentido común, sino que, además, desconoce los últimos treinta años de literatura económica. Obviaron los métodos que la teoría económica moderna*

43 Luis Jorge Garay; Fernando Barberi; Iván Cardona. "La negociación agropecuaria en el TLC. Alcances y consecuencias". Bogotá: Planeta Paz, noviembre de 2006.

ofrece para pronosticar la forma en que productores y consumidores reaccionan ante nuevas señales de mercado, como aquellas que genera el TLC.

"Así, la metodología utilizada por estos autores sobreestima los costos y subestima los beneficios de largo plazo del TLC porque no incorpora los cambios que sin duda generará el tratado en el comportamiento de nuestra economía: aumento en inversión, modernización productiva y una obvia reasignación del capital y del trabajo hacia aquellos usos en donde generan un mayor valor.

"Un ejemplo concreto. Los biocombustibles representan para la agricultura colombiana (caña, yuca, palma, etc.) un inmenso mercado externo si se tiene en cuenta que para E.U. es geopolíticamente estratégico depender cada vez menos del petróleo.

"Aunque por preferencias ATPDEA Colombia podría exportar libremente biocombustibles a E. U. no lo hace. La incertidumbre jurídica que implica la constante renegociación de dichas preferencias con el Congreso norteamericano inhibe inversiones en plantas de extracción de etanol o biodiésel para el mercado norteamericano. Al hacer permanentes en el tiempo las preferencias del ATPDEA, el TLC genera la estabilidad jurídica requerida para que se materialicen dichas inversiones. Con ello, las exportaciones de biocombustibles a EE.UU. generarán una enorme demanda para caña, yuca y palma colombiana. Esto tonificará, a su vez, el precio y el ingreso que recibe cualquier agricultor de estos productos. Garay y otros no pueden incorporar este tipo de efectos a su estudio porque sus conclusiones darían un vuelco".

Debe destacarse igualmente que el estudio, dentro de sus críticas – y de sus limitaciones –, afirma que existen oportunidades ofensivas en el corto plazo en productos como azúcar, etanol y lácteos en tanto que en el mediano y largo plazo se pueden considerar ganadores a la carne de bovino las frutas y hortalizas las flores y el biodiésel. Al respecto, los ponentes queremos recordar el fundamento teórico del libre comercio formulado ya hace un par de siglos: impulsar a que los factores de producción de un país se desplacen desde los sectores relativamente menos competitivos hacia los más competitivos con el fin de que se aprovechen de manera más eficiente.

Otro de los puntos ampliamente criticados por varios de los intervinientes es el hecho de que en Estados Unidos se mantengan las ayudas internas a su producción agropecuaria. Al respecto debe decirse que el TLC elimina los subsidios a las importaciones provenientes de los Estados Unidos, sin embargo no se reducen las ayudas internas ya que como se expresó al inicio de la negociación:

"En un TLC bilateral no es viable negociar ayudas internas porque es imposible en la práctica identificar cuáles productos entran a un país con ayudas y cuáles no. Por ende, las ayudas internas no se negociarán en este tratado con Estados Unidos[44]".

Es ampliamente conocido que el escenario natural para la negociación de ese tema es la Organización Mundial del Comercio, porque son muchos los países del mundo que usan las ayudas internas y, como se ha observado en la evolución de la Ronda Doha, la eliminación de las distorsiones en la formación de precios en los mercados internacionales debe ser producto de la concertación. Colombia tiene una participación activa en ese foro.

El objetivo de la negociación en el tema fue la búsqueda de mecanismos de compensación frente a las distorsiones en los precios de los productos importados desde Estados Unidos. El gobierno ha reconocido que no hubo avances en la materia y es una de las razones que justificó la ampliación de la política colombiana de apoyos directos al productor, mediante el programa Agro Ingreso Seguro.

Otro de los temas abordados por los intervinientes es el de la negociación del capítulo de medidas sanitarias y fitosanitarias en el TLC. Una de las críticas recurrentes es el hecho de que, según algunos, los compromisos adquiridos en dicha materia no son vinculantes para los Estados Unidos.

Al respecto se debe mencionar que las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) son normas que adoptan los gobiernos con el fin de proteger la salud de las personas, los animales y las plantas del país. En ese contexto es lícito adoptarlas cuando se basan en argumentos científicos y técnicos y es razonable exigir que los productos que un país importa cumplan con ellas. Sin embargo, hay ocasiones en que las normas se exceden y se convierten en un obstáculo al comercio; también puede ocurrir que la norma sea adecuada pero los que la aplican incurran en interpretaciones erradas que restringen el comercio. Lo que buscan los acuerdos comerciales es superar este tipo de obstáculos injustificados.

44 Andrés Arias (2004) "Libre comercio agrícola: teoría y realidad". *Portafolio*, 21 de octubre.

Los ponentes, estudiados los textos del acuerdo, consideramos que en el caso del TLC, el objetivo de lograr acceso real al mercado estadounidense se logra a través de dos mecanismos. El primero es la creación de un Comité Permanente de MSF, que se reunirá por lo menos una vez al año. El segundo es un mecanismo de solución ágil de los problemas, sin que sea necesario esperar a la reunión del Comité Permanente; la carta enviada por Robert Portman, Representante Comercial de los Estados Unidos, al Ministro Botero –que, junto con la respuesta de este último, constituyen un acuerdo entre los dos gobiernos–, señala:

"2) Estados Unidos y Colombia acuerdan abordar asuntos MSF de forma oportuna, en el marco de sus leyes. Entre las reuniones del Comité MSF Permanente establecido bajo este Tratado, las Partes podrán elevar los asuntos que les preocupan a los representantes primarios, quienes deberán buscar resolver el asunto. Luego de implementar todos los esfuerzos técnicos previstos por la ley, y abordar el asunto con las autoridades competentes, las Partes podrán remitir cualquier asunto MSF al Comité" (subrayado fuera del texto).

Queda establecido que es un procedimiento diferente al del Comité MSF, que debe buscar solución a los problemas planteados.

Puesto que algunos críticos afirman que esa carta no crea compromisos entre las partes, es necesario enfatizar que ella forma parte del TLC, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

"2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado".

Lo anterior significa que Colombia logra un avance real en materia de superación de las barreras sanitarias y fitosanitarias en sus exportaciones de productos del sector agropecuario al mercado de los Estados Unidos. El aprovechamiento de ese logro implica que el país tiene que avanzar notablemente en materia sanitaria y superar los múltiples problemas que hoy se registran. La mejora institucional que esto implica es otra ganancia que se obtiene del TLC.

Adicionalmente, en la mesa de fortalecimiento de las capacidades comerciales, se logró la aprobación de diferentes proyectos relacionados con el fortalecimiento de los temas sanitarios en el país, lo cual debe repercutir en la reducción de inconvenientes para las exportaciones del agro colombiano. Entre esos proyectos cabe destacar los siguientes: Sistemas de inspección y certificación de productos cárnicos; Capacitación en estándares MSF para carne bovina y de cerdo; Adopción de buenas prácticas agrícolas con énfasis en el buen uso de pesticidas; Desarrollo de programas de análisis de riesgo, registro, inspección, y certificación de alimentos y materias primas e insumos alimentarios; y el proyecto CELTA orientado al estudio de factibilidad para el desarrollo de un centro de tratamiento e inspección sanitario y fitosanitario en la Sabana de Bogotá.

El hecho de que Fedegán, uno de los gremios con mayor potencial de conquistar los mercados estadounidenses (como lo reconocen incluso Barberi y Cardona), pero que se encuentra limitado precisamente por restricciones sanitarias y fitosanitarias, apoye la negociación y afirme que el capítulo sanitario y fitosanitario es satisfactorio y útil, se constituye en un factor que debe ser tomado en cuenta en la aprobación de este proyecto de ley.

Sin embargo, los ponentes exigimos al Gobierno Nacional que incluya como tema prioritario de la agenda interna y del Programa Agro Ingreso Seguro, el fortalecimiento de la institucionalidad sanitaria y destine recursos que le permitan al sector privado financiar programas encaminados a mejorar sus estándares sanitarios. En tal sentido, vemos con buenos ojos la expedición de los documentos Conpes 3375 y 3376 de 2005 y esperamos que se adelanten juiciosamente las tareas ahí consignadas.

Otra de las críticas recurrentes en la audiencia pública se refería al supuesto de que el TLC no es recíproco debido a que las concesiones de una y otra parte son diferentes. Al respecto cabe mencionar que el carácter recíproco y equitativo del Acuerdo debe ser medido de manera general. Los ponentes consideramos que en los capítulos agrícola y sanitario y fitosanitario, aparte del resto del tratado, la negociación cumplió con los dos requisitos constitucionales antes mencionados toda vez que desde el primer día de entrada en vigencia del TLC, Colombia podrá exportar prácticamente el 99% del comercio agrícola con Estados Unidos, valorado en US$1.685 millones, sin aranceles (en canasta de desgravación inmediata), sumado al libre comercio (arancel cero

de NMF) acordado en la Ronda Uruguay en 1994. Adicionalmente, Colombia consagró una salvaguarda especial agropecuaria que aplica para algunos productos sensibles como los cuartos traseros de pollo, el arroz y el fríjol.

Por último, desde el análisis global del capítulo, algunos intervinientes hicieron alusión a que el TLC afectaba la seguridad alimentaria de la población colombiana. Al respecto los ponentes consideramos lo siguiente:

La FAO, en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, realizada en Roma en noviembre de 1996, estableció que: *"Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana"*.

El concepto de la FAO, aceptado por más de 170 países, comprende tres elementos: la disponibilidad de alimentos, la estabilidad en la provisión y el acceso por parte de la población.

El concepto de la FAO no implica autoabastecimiento: En la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria, los países firmantes aceptaron el compromiso de

"…asegurar que las políticas de comercio alimentario y agrícola y de comercio en general contribuyan a fomentar la seguridad alimentaria para todos a través de un sistema de comercio mundial leal y orientado al mercado".

Los críticos del libre comercio no aceptan el concepto de la FAO y oponen uno de "soberanía alimentaria", entendida como:

"*El derecho de cada nación para mantener y desarrollar su propia capacidad para producir los alimentos básicos de los pueblos, respetando la diversidad productiva y cultural. Tenemos el derecho a producir nuestros propios alimentos en nuestro propio territorio de manera autónoma. La soberanía alimentaria es una precondición para la seguridad alimentaria genuina… Las políticas agrícolas nacionales deben darle prioridad a la producción para el consumo doméstico y la autosuficiencia alimentaria*".

Aun cuando en 1996 los defensores de este concepto se oponían radicalmente al comercio internacional como medio para atender las necesidades de nutrientes de la población, con el tiempo han flexibilizado esa posición. En la Declaración Final del Foro sobre Soberanía Alimentaria reunido en La Habana en 2001, que contó con la participación de 400 delegados de organizaciones campesinas, indígenas, ONG, y otras organizaciones en representación de 60 países, concluyeron que:

"*…La soberanía alimentaria no significa autarquía, autosuficiencia plena o la desaparición del comercio agroalimentario y pesquero internacional*".

Esta es una posición que parecen desconocer los defensores del concepto de "soberanía alimentaria" en Colombia.

El Indice de Producción de Alimentos de la FAO muestra que Colombia registra una tendencia de largo plazo creciente, que no se ha visto interrumpida por las diferentes políticas económicas adoptadas en materia comercial entre 1961 y 2004. Hay algunas fluctuaciones explicadas por los cambios en la dinámica agregada de la economía. El dato más reciente es el más alto desde que se calcula el índice.

El Indice de Producción de Alimentos per cápita de la FAO también registra una tendencia creciente de largo plazo, pero es más volátil que el anterior. Aún así, el índice de 2004 es el segundo más alto para el período 1961-2004. Curiosamente, el índice per cápita muestra un estancamiento en la producción de alimentos entre comienzos de los sesenta y comienzos de los setenta, justamente cuando estaban en auge las políticas proteccionistas y de restricciones al comercio internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que abogar por la autarquía alimentaria o la "soberanía alimentaria" puede redundar en un claro detrimento del nivel de vida de la población y en consecuencia, en una verdadera situación de inseguridad alimentaria. Promover que los colombianos del campo o la ciudad tengan un empleo digno que les permita adquirir de manera estable los alimentos necesarios para su subsistencia es el objetivo que debe perseguir toda política pública. El TLC con los Estados Unidos, acompañado de los demás instrumentos de promoción, apuntan en esta dirección.

En cuanto a las intervenciones sobre sectores particulares del sector agropecuario, existen posiciones divergentes tanto a favor como en contra del tratado. Oponiéndose al acuerdo se pronunciaron Jorge Enrique Bedoya de Fenavi (sector avícola) y varios intervinientes sobre el sector arrocero.

En cuanto al tema de la avicultura, los ponentes consideramos que un objetivo central de los acuerdos comerciales es la remoción de barreras comerciales como los aranceles. Durante la negociación un país puede aceptar la reducción inmediata de los aranceles en productos en los que es competitivo y una disminución gradual para los productos que no tienen los estándares internacionales de competitividad o que se consideran sensibles por otras razones. Para hacer operativo el proceso de desgravación, en cada producto se establece un plazo en años (al cabo de los cuales el arancel debe llegar al mínimo acordado) y el nivel a partir del cual comienza la reducción del arancel de cada producto; es lo que se conoce como el arancel base.

El TLC consagra la siguiente protección para el sector avícola:

Se acota la competencia inicial mediante un contingente de 26 mil toneladas, que equivale al 4% de la producción nacional. La liberalización del sector se producirá linealmente durante 18 años a partir de la entrada en vigencia del acuerdo, con un período de gracia de 5 años para los productos frescos y refrigerados y de 10 años para los sazonados. También se incluyó una cláusula de revisión a los 9 años de entrada en vigencia del acuerdo y se diseñó la participación de los empresarios colombianos en la administración de la subasta del contingente, mediante las Export Trading Companies;

Los aranceles base para la desgravación de los cuartos traseros de pollo son los más altos que se podían obtener en la negociación del TLC: 70% para los condimentados y 164.4% para los refrigerados. En el caso de los condimentados, ese es el arancel que Colombia consolidó en la OMC desde 1994, con lo cual estuvo de acuerdo el sector privado en esa época[45]. Lograr un arancel superior al 70% en la negociación del TLC hubiera requerido de una renegociación previa en el marco de la OMC, es decir con los otros 148 países miembros; ese camino es viable pero tiene costos, dado que los demás países estarán dispuestos a aceptar el aumento del arancel consolidado siempre que ellos reciban algo a cambio[46].

Los estudios del Gobierno demuestran que el arancel de 70% protege la avicultura colombiana frente a los precios internacionales, en los niveles que se han registrado en los últimos años. Sólo en el caso de caídas fuertes de los precios quedaría expuesta la producción nacional.

Entre 1995 y 2006 el precio mínimo observado fue de US$505 por tonelada de trozos de pollo y el máximo de US$1.257 por tonelada. El precio promedio entre 2005 y 2006 fue de US$918 por tonelada. Un ejercicio realizado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo indica que la producción nacional es competitiva con precios internacionales superiores a US$800 por tonelada.

Por último, es importante aclarar lo que se puede considerar trozos de pollo sazonados y los productos que podrán ingresar en el contingente, o cupo de importación, acordado en la negociación. Esto se explica en el siguiente Memorando del Ministerio de Agricultura, elaborado por el negociador Andrés Espinosa:

"Lo acordado con Estados Unidos define que el contingente de los cuartos traseros de pollo incluye los trozos de pollo con hueso y sin hueso (bone-in y bone-less).

"El contingente solo excluye productos procesados, mezclados e industrializados elaborados con cualquier parte del pollo, al igual que la 'carne mecánicamente separada', en inglés 'mechanically separated meat'. Este término se usa para un producto tipo pasta o batido de pollo o similar, y de ninguna manera corresponde a un cuarto trasero de pollo deshuesado.

"No se puede considerar como producto sazonado aquel que haya sido simplemente espolvoreado con algún condimento, sino que la carne debe estar impregnada interiormente. Para que un cuarto trasero se considere como sazonado, la sazón no puede ser separada de la carne. La Aduana colombiana tiene perfecta claridad sobre este asunto y para ello se incluyó una nota aclaratoria en nuestro Arancel de Aduanas. Es decir que los cuartos traseros frescos, refrigerados y congelados que no son parte del contingente entrarán con 164.4%, o con el arancel que corresponda de acuerdo con el programa

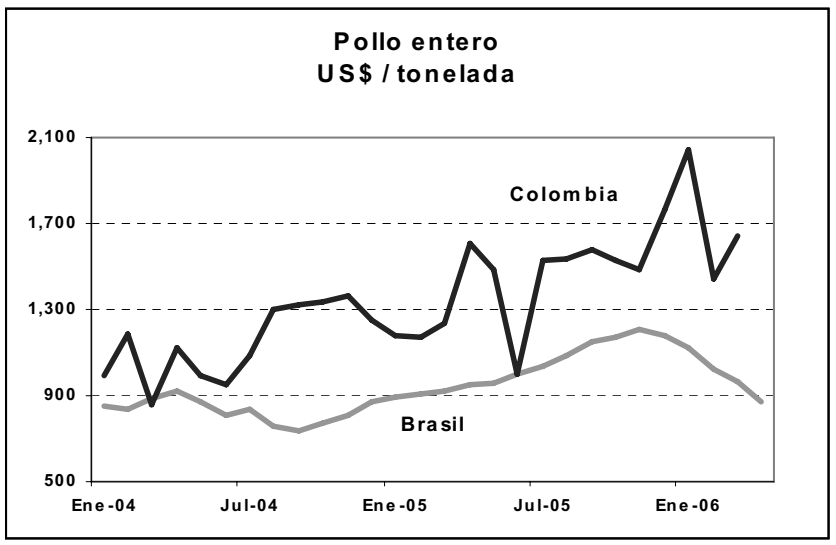
---

45 El arancel consolidado de un producto en la OMC es el nivel máximo que un país puede aplicar a las importaciones de ese producto. El arancel para cada producto se consolida al ingresar como miembro de la OMC y a partir de él se negocian con los demás miembros los compromisos de desgravación.

46 Según la OMC: "Las listas de acceso a los mercados no son meramente anuncios de tipos arancelarios. Representan compromisos de no aumentar los aranceles por encima de los tipos indicados, es decir, que los tipos arancelarios quedan "consolidados"... La mayoría de los países en desarrollo han consolidado los tipos arancelarios a un nivel algo más elevado que el de los aranceles efectivamente aplicados, de modo que los tipos consolidados funcionan como límites máximos.
"Los países pueden dejar sin efecto un compromiso (es decir, aumentar un arancel por encima del tipo consolidado), pero no sin dificultades. Para hacerlo deben negociar con los países más afectados y eso puede dar lugar a una compensación por la pérdida de comercio sufrida por los interlocutores comerciales". http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm2_s.htm#con

de liberación; en el caso de los cuartos traseros de pollo sazonados, con el 70%".

Por otro lado, debe mencionarse que si bien es cierto que contamos con un sector avícola tecnificado y en continuo avance en materia de competitividad, es necesario apurar el paso, de forma que se puedan cerrar las brechas que subsisten con la competencia internacional, aprovechar las ventajas de la negociación del TLC y acomodarse pronto a la compleja y cambiante situación del mercado mundial de productos avícolas. En el gráfico siguiente se aprecia una brecha del 40% entre los precios del pollo entero producido en Colombia y el producido en Brasil.



Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que la protección otorgada en el TLC al sector avícola nacional es satisfactoria salvo que se presente una coyuntura internacional inesperada. Sin embargo, es preciso mencionar que el Gobierno debe seguir utilizando la política tributaria con el fin de proteger a la industria avícola, sobre todo en el tema de los cuartos traseros sazonados y debe fortalecer los controles en la aduana con el fin de evitar el contrabando técnico. Por otro lado, debe apoyarse al sector a través del programa Agro Ingreso Seguro con el fin de que alcance estándares de competitividad internacional y que solucione sus problemas sanitarios con el fin de poder penetrar el mercado de los Estados Unidos en un tiempo prudencial. Esta tarea es conjunta e implica una participación activa, decidida y preactiva del sector avicultor.

Es importante resaltar lo que ha sostenido enfáticamente al respecto el Representante Manuel Vives. Vives afirma que la industria nacional debe comprometerse con la mejora de la competitividad y no seguir viviendo a costa de una protección artificial que redunda en perjuicio de los consumidores nacionales quienes encuentran obstáculos injustificados a bienes baratos y de buena calidad. Los ponentes consideramos que el TLC consagra un balance adecuado entre los beneficios para los consumidores y una protección adecuada para los productores.

Desde esa óptica debe analizarse también el otro producto sensible al que se aludió en la audiencia pública: el arroz. Los resultados de la negociación para el arroz fueron los siguientes:

1. Este fue el producto que mayor protección y plazo de desgravación obtuvo en la negociación: 19 años, con 6 años de gracia durante los cuales el arancel se mantendrá en su nivel inicial.

2. El arancel base quedó en 80%. Este mismo arancel se seguirá aplicando durante los primeros 6 años de entrada en vigencia del acuerdo y solo después se desgravará linealmente.

3. La combinación de estos instrumentos implica un umbral de protección efectiva de casi 15 años. Adicionalmente, se acordó una salvaguardia especial agropecuaria de cantidad, aplicable durante todo el período de desgravación.

4. Colombia otorgó un contingente de importación de EE.UU. de 79.000 toneladas en arroz blanco. Los productores nacionales podrán participar de las rentas que surjan de la administración de este contingente pues se acordó usar para el efecto una figura que usa EE.UU. con Europa (Export Trading Company). Es un esquema de subastas que genera recursos importantes de los cuales podrán participar los arroceros colombianos.

5. El gobierno, según lo ha manifestado, es consciente de la importancia de apoyar al sector arrocero para enfrentar la competencia. Por ello, dentro del programa "Agro Ingreso Seguro" se definirán ayudas internas para este producto.

Como consideración final cabe citar la posición de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC), gremio cúpula del sector agropecuario que agrupa a Acuanal, Analac, Asocaña, Asocolflores, Asohofrucol, Asoporcicultores, Augura, Asiac, Coagro, Coalcesar, Conalgodón, Fedegán, Fedearroz, Fedecacao, Fedecaucho, Fedefique, Fedefondos, Fedepalma, Fedepanela, Fedepapa, Federacafe, Fenalce, FIAC, Fundejur, Procaña, Sada, Sagán, SAG, SAS, entre otras entidades. Esta agremiación respalda la aprobación del TLC en el Congreso colombiano siempre y cuando vaya acompañado de los instrumentos de apoyo tales como el programa "Agro Ingreso Seguro" y la Ley de Desarrollo Rural. Afirman que el tratado es manejable en el corto plazo para el sector agropecuario y abre grandes oportunidades en el largo plazo. Los ponentes compartimos esta apreciación.

10. **Propiedad intelectual.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Rodolfo Ramírez de la Universidad Libre, expresa preocupación por el hecho de que la denominación de origen del Café de Colombia no haya sido aceptada por los Estados Unidos.

Gabriel Pérez de la CGT, afirma que "*El tema de propiedad intelectual afecta de manera grave al subsector de medicamentos que a su vez lesiona la salud de los colombianos pues lo acordado solo garantiza las millonarias ganancias de los laboratorios transnacionales*". En el mismo sentido se expresan: Luz María Correal Pérez de Recalca, David Castellanos de la Universidad Libre, Daniela Vergara de la Universidad Libre y Manuel Giraldo de Focsol. Según Efraín Barbosa, profesor de física de la Universidad Nacional, Colombia renunció a los postulados de Doha en propiedad intelectual farmacéutica. Barbosa afirma que el TLC es contrario al artículo 40 de la Constitución.

Alberto Bravo de la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, Asinfar, dijo que la industria nacional farmacéutica generaba 20.138 empleos directos y alrededor de 120 mil indirectos en la industria del cartón, vidrio y tipografía. Según Bravo, en los últimos años se ha producido un fenómeno de desindustrialización en la industria por culpa de las multinacionales. Posteriormente, hizo una descripción histórica de la normatividad de protección a la propiedad intelectual en Colombia.

Según Asinfar, la figura del linkage, consignada en el TLC (16.9.5 y 16.10.3) implica que el Invima debe informar al titular de una patente la identidad del solicitante e implementar medidas para que ese producto no se comercialice mientras la patente esté vigente y esto retrasa el ingreso de genéricos al mercado, ya que no podrán comercializarse hasta que la autoridad competente resuelva todas las oposiciones. De igual manera, dice que la compensación por demoras en el otorgamiento de la patente implica una extensión del término de este título en detrimento de los genéricos.

Asinfar reconoce que el TLC no otorga segundos usos, pero dice que debe blindarse a través de una reserva que no permita en el futuro una interpretación distinta del tratado. Del mismo modo se pronunció en contra de que la cláusula de anulación y menoscabo cobijara el capítulo de propiedad intelectual e insinuó, con base en una carta enviada por Afidro al gobierno, que la figura de expropiación indirecta podía limitar la aplicación de salvaguardias para la salud pública, tales como el control de precios de medicamentos. Posteriormente, la exposición cita argumentos de autoridad para afirmar que el TLC no es benéfico para el país.

Francisco de Paula Gómez de la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo (Afidro), se muestra partidario del TLC y afirma que representa una gran oportunidad para la industria colombiana. Afirma que el tratado no implicará un aumento de precios de medicamentos, toda vez que conserva los estándares sustanciales vigentes para la protección a la propiedad intelectual. Además, recuerda que el TLC no es retroactivo y solo cubre a nuevos medicamentos y promueve el ingreso de los mismos, estimulando la competencia y presionando por esta vía una disminución de los costos.

Sobre la protección de datos de prueba, dice que en los casi cinco años de vigencia del Decreto 2085 de 2002, la participación de las nuevas entidades químicas en el mercado farmacéutico colombiano es del 1%. Según Gómez, esto indica que esta protección no genera automáticamente un monopolio ya que, por lo general, existen alternativas terapéuticas. Dice que la figura de protección de datos de prueba consagrada en el TLC incluye un mecanismo de agotamiento del derecho, el cual condiciona dicha protección al ingreso de medicamentos en un período no superior a cinco años desde su lanzamiento en el país de origen.

Por otro lado, para Afidro, la compensación otorgada por demoras en el otorgamiento de patentes o del registro sanitario es apenas elemental, ya que no se le pueden cargar al sector privado costos atribuibles a la ineficiencia de las entidades del Estado. Gómez dice que, a pesar de que se otorgan patentes desde 1994 y protección a datos de prueba desde 2002, la participación de la

industria de genéricos es mayoritaria y mantiene una tendencia creciente en sus ventas tanto por unidades como por valores. Dice que EE.UU. es el país con mayores estándares de protección a la propiedad intelectual y a su vez uno de los países donde los genéricos tienen una mayor participación en el mercado (cercana al 60%).

Menciona también un estudio de Fedesarrollo sobre la propiedad intelectual en el sector farmacéutico colombiano (2005), que "*concluyó que para las enfermedades de mayor frecuencia e impacto existen alternativas terapéuticas, lo que significa que la protección por sí misma no limita el acceso a los medicamentos. De igual forma, el estudio deduce que de la observación del mercado farmacéutico no es posible establecer una causalidad directa entre el régimen de propiedad intelectual y los precios*".

Se debe mencionar que la propia industria farmacéutica extranjera expresa, a través de Afidro, que el "*TLC no autoriza patentes a segundos usos, a métodos terapéuticos, de diagnóstico o quirúrgicos, y preserva las medidas generales otorgadas por la Declaración de DOHA, orientadas a mantener la Salud Pública*".

En otros aspectos de la propiedad intelectual, la ANDI afirmó que los industriales podrán gozar de la extensión geográfica de la protección de sus marcas en el mercado de los Estados Unidos y viceversa, factor fundamental de promoción de la inversión nacional y extranjera y añade que este capítulo es una oportunidad para la empresa colombiana en el mundo globalizado que tiende cada vez más a fortalecer la protección de la propiedad intelectual, para que autores, científicos y empresas puedan proteger sus obras, inventos y marcas de la piratería y tener el estímulo para realizarlas y usufructuarlas. Según el gremio, Colombia no puede ser la excepción e ir en la dirección contraria.

En cuanto al derecho de autor, la ANDI destaca que los autores colombianos se seguirán protegiendo en las mismas condiciones existentes en el país, pues se mantiene el modelo vigente. Además, se promueve la protección a todos las obras que tienen difusión por medios virtuales.

b) *Consideraciones de los ponentes.*

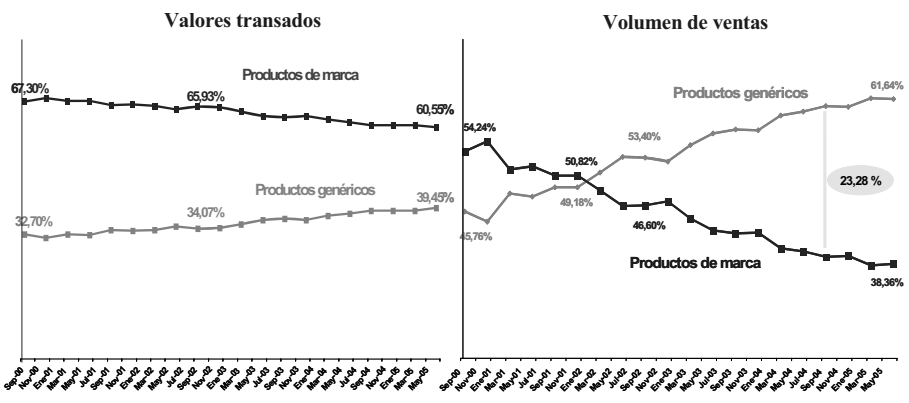
Las principales críticas a este capítulo están centradas en el tema de acceso de la población a los medicamentos.

Tras un análisis detallado de las obligaciones contenidas en el capítulo de propiedad intelectual y en particular aquellas relacionadas con el sector farmacéutico, los ponentes llegamos a la conclusión de que nuestro país mantuvo su estándar vigente de protección a la propiedad intelectual sin crear nuevos obstáculos para el acceso a los medicamentos y se preservaron todos los instrumentos de flexibilidad existentes en defensa de la salud pública.

1. No hay nada en el Acuerdo que afecte la competencia de los medicamentos genéricos. La prueba de esta afirmación es sencilla, Colombia cuenta con protección a las patentes farmacéuticas desde el año 1994. ¿Cuál es el balance de 12 años de aplicación de patentes sobre productos farmacéuticos? Las cifras de la IMS (organismo internacional especializado en bases de datos del sector farmacéutico mundial) indican que los productores de genéricos tienen el 62% del mercado en volumen y el 39% en valor y en ambas variables se registra una tendencia creciente (ver gráfico). Esto evidencia que lejos de desaparecer por la existencia de patentes, se ha fortalecido su participación en el mercado. Adicionalmente, la misma fuente muestra que en la comparación de una canasta de medicamentos a precios de paridad, Colombia es el segundo país con precios más bajos, después de Uruguay.

Gráfico

Composición del mercado farmacéutico colombiano en valores y volumen entre septiembre de 2000 y agosto de 2005



Fuente: IMS Colombia. Cálculos Afidro. Información a agosto de 2005

2. Con relación a la discusión en relación a si el Acuerdo Comercial permite o no las patentes de segundos usos, comparando la propuesta inicial de Estados Unidos sobre materia patentable con el texto negociado efectivamente por Colombia, notamos que ese país renunció a su texto en el que se proponía:

"2. Cada Parte otorgará patentes para las siguientes invenciones:

... Además las Partes confirman que las patentes estarán disponibles para cualquier uso o método nuevo de utilización de un producto conocido".

De otra parte, el Acuerdo con los Estados Unidos reitera el artículo 27.1 del Acuerdo de los ADPIC que establece los objetos sobre los cuales puede recaer una patente, siendo éstos los productos y los procedimientos, siempre que cumplan con los requisitos de novedad, actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

Los segundos usos no cumplen con el requisito de la novedad, ya que encontrándose en el estado de la técnica, se asimilan a los simples descubrimientos y de otra parte, no serían patentables por que los segundos usos no pueden catalogarse como productos, ni como procedimientos.

3. En la negociación del Acuerdo Comercial se aceptó la figura de la compensación por demora injustificada en la aprobación de patentes y la compensación por demora injustificada en la aprobación de los registros sanitarios.

En el caso de las patentes, se entiende que hay un retraso irrazonable cuando la Superintendencia de Industria y Comercio se tarda más de cinco años desde el momento de la solicitud, o de tres años contados a partir de la fecha en que se haya hecho la solicitud de examen de la patente. En el caso de las demoras irrazonables en el Invima, el Gobierno Nacional deberá reglamentar lo que se entiende por reducción irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de aprobación de comercialización.

En estas dos compensaciones sólo se cuenta como tiempo de retraso aquel que no sea atribuible a acciones del solicitante de la patente o del registro sanitario, lo cual significa que si el registro se demora porque el trámite se retrasó debido a la pasividad o falta de reacción del solicitante, la compensación no tendrá lugar. En consecuencia, el retraso irrazonable que dará lugar a la compensación es el referente a demoras por razones de ineficiencia de las entidades.

Nuestro país está diseñando la implementación de un sistema para la optimización de la gestión en la Oficina de Patentes logrando una mayor eficiencia y celeridad en los trámites para lo cual se tienen dos años desde la entrada en vigor del Acuerdo, con el fin de que no se haga necesario entrar a compensar a ningún titular de patentes por posibles demoras.

Con relación a las demoras que puedan suscitarse en relación a la obtención de los permisos de comercialización de un medicamento, en la práctica, de mantenerse las condiciones actuales de eficiencia y gestión administrativa del Invima, esta compensación no se daría toda vez que dicha entidad tramita de manera eficiente tales registros.

4. Otro tema controversial es el otorgamiento de protección a los datos de prueba.

La protección de datos de prueba recae sobre la información de seguridad y eficacia que debe allegar una compañía farmacéutica al Invima para obtener el permiso de comercialización de un producto cuando ingresa como molécula nueva por primera vez al mercado. Esta protección se garantiza por el Estado en la medida que su generación implica para las casas matrices esfuerzos considerables e inversiones cuantiosas.

De esta forma, la protección impide que terceros interesados en comercializar la misma molécula obtengan la aprobación de comercialización basándose, sin invertir tiempo o dinero, en la información de seguridad y eficacia obtenida por quien primero solicitó tal aprobación sanitaria. La protección de datos de prueba no impide que un tercero interesado ingrese al mercado farmacéutico cuando por sus medios ha realizado los estudios para la elaboración de los estudios de seguridad y eficacia que debe presentar al Invima con miras a comercializar un producto.

Cabe mencionar que en Colombia se otorga protección a los datos de prueba desde el 2002 a través del Decreto 2085. La protección otorgada en nuestro país a los datos de prueba de productos farmacéuticos y la protección consagrada en el Acuerdo, recompensan la inversión en tiempo y en dinero en la generación de la información de seguridad y eficacia de un medicamento. El Decreto 2085 de 2002 es consistente con las disposiciones que sobre esta materia se incluyen en el tratado.

Como una innovación, incluso en relación con el estándar actualmente vigente en Colombia, se incorporó la figura del agotamiento del derecho en materia de protección de datos de pruebas. Según esta disposición, si un innovador pretende que se le protejan sus datos de pruebas presentados originalmente en otro país de referencia (por ejemplo Estados Unidos) deberá solicitar la

aprobación de comercialización en Colombia dentro de los 5 años siguientes a la aprobación de comercialización en ese otro país. Actualmente, tan sólo el 35% de los medicamentos que se lanzan en el mundo llegan a Colombia, y de ese porcentaje sólo el 53% ha llegado a los 5 años de su lanzamiento mundial. Estas cifras demuestran que la figura del agotamiento puede convertirse en un gran incentivo para la entrada rápida de nuevos medicamentos a Colombia.

5. Con el fin de hacer el proceso de obtención de permisos de comercialización de productos farmacéuticos más transparente, el capítulo de propiedad intelectual incorpora una figura denominada por su nombre en inglés "linkage" cuyo objetivo primordial es facilitar a los titulares de patente la observancia de sus derechos. En esta materia, Colombia logró una serie de claridades sin precedentes en ninguno de los acuerdos comerciales previos negociados por los Estados Unidos, las cuales logran conservar la autonomía funcional de nuestra autoridad sanitaria y evitar que esta medida de observancia se preste para abusos por parte de los titulares.

Colombia logró obtener las tres "libertades" que le preocupaban en cuanto a la forma de operar de la medida: La libertad acerca de "quién" debía hacer la determinación preliminar de infracción, de tal forma que no fuese tarea de la autoridad sanitaria; la libertad acerca de "cómo" debiera informarse al titular de la patente acerca de una solicitud de un competidor, de tal manera que nuestra autoridad sanitaria pueda limitarse a publicar en el internet la información sobre solicitudes de registros sanitarios que le lleguen; y la libertad acerca de "cuándo" debía ser informado el titular, de tal manera que fuese responsabilidad del titular una vez detecte dentro de lo publicado una infracción del derecho el poner en funcionamiento el mecanismo, previo otorgamiento de las correspondientes garantías.

6. Con relación a las medidas que puede adoptar el Gobierno Nacional para conjurar las crisis en materia de salud pública, el capítulo dejó intactas las flexibilidades otorgadas en el marco de la Declaración de Doha sobre la relación entre Propiedad Intelectual y Salud pública, a saber, la posibilidad de suspender en crisis de salud pública los derechos de los titulares de patentes conocidas como licencias obligatorias o la posibilidad de importar medicamentos legítimamente puestos en terceros países sin autorización del titular de la patente ("importaciones paralelas").

Así mismo se consagra la Excepción Bolar que permite a los participantes del mercado utilizar un producto patentado sin la autorización de su titular únicamente para realizar los actos preparatorios necesarios con miras a obtener el permiso de comercialización del producto ante el Invima, con el fin de salir al mercado al día siguiente de aquel en que se produce el vencimiento de la protección de la patente.

Finalmente, los Acuerdos de Colombia y de Perú, son los primeros que firma Estados Unidos en que existe una carta adjunta en la que dicho país reconoce la aplicabilidad de las medidas necesarias para proteger la salud pública no sólo para el caso de las patentes, sino adicionalmente para datos de pruebas.

Teniendo en cuenta lo anterior, los ponentes consideramos que en la negociación en materia farmacéutica, Colombia mantuvo su estándar vigente sin crear nuevos obstáculos para el acceso a los medicamentos y preservó todos los instrumentos de flexibilidad existentes en defensa de la salud pública.

De otra parte, la negociación no comprometió la capacidad del Estado para la regulación de los precios de los medicamentos, ni las facultades para ejercer control sobre las prácticas anticompetitivas en que puedan incurrir los titulares de derechos de propiedad intelectual. A cambio, se comprometió a ser eficiente y transparente en sus trámites para el otorgamiento de patentes y de permisos sanitarios, así como a ser expedito en las acciones legales para el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

11. **Protección a la Biodiversidad.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Anthony Castellanos de la Universidad Libre, afirma que la pretensión andina de incluir el tema de la biodiversidad en el TLC, fue un regalo para los Estados Unidos que pretende apoderarse de los recursos naturales colombianos. En el mismo sentido se expresa Walter Arrieta de la Universidad Libre y Efraín Barbosa, profesor de física de la Universidad Nacional.

La ANDI por su parte afirma que en la biodiversidad está la riqueza del futuro y la ventaja competitiva de largo plazo. Por eso es muy importante el que Estados Unidos haya aceptado hacer un compromiso para la protección de la biodiversidad, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, reconociendo la gran riqueza y potencial que Colombia, los países andinos y él mismo tienen en estos ámbitos;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Usualmente los críticos dan a entender que el TLC fomentará la biopiratería, es decir, la apropiación ilegal de la biodiversidad y los conocimientos ancestrales asociados a ella. Para empezar, es necesario señalar que la biopiratería existe con o sin TLC.

Más importante que ese hecho es que el TLC con los Estados Unidos es el primer acuerdo de comercio bilateral que incorpora el tema de la biodiversidad y ello fue posible por el empeño de los países andinos.

En el capítulo de asuntos ambientales quedó expreso el reconocimiento de la soberanía de cada Estado sobre su biodiversidad.

En el de propiedad intelectual se reconocen los principios internacionales de consentimiento previo informado y de la distribución equitativa de los beneficios para el uso de los recursos genéticos, como lo establece nuestra legislación.

Adicionalmente, también en el capítulo de propiedad intelectual, se consagran mecanismos para evitar el otorgamiento de patentes indebidas que versen sobre nuestra biodiversidad. Este es un paso significativo en el plano internacional para combatir la biopiratería.

Los párrafos siguientes corresponden al "Entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales", que es parte integral del texto del Tratado:

"Las Partes reconocen la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad, así como la potencial contribución de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad al desarrollo cultural, económico y social. Las Partes reconocen la importancia de lo siguiente:

1. La obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad.

2. La distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, y

3. La promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.

Las Partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimientos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios y proveedores.

Cada Parte procurará encontrar medios para compartir información que pueda tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en conocimientos tradicionales o recursos genéticos, mediante el suministro de:

a) Bases de datos públicamente accesibles que contengan información relevante, y

b) La oportunidad de referir, por escrito, a la autoridad examinadora pertinente sobre el estado de la técnica que pueda tener relevancia en la patentabilidad".

En síntesis, en materia de los compromisos sobre Biodiversidad, la carta adjunta negociada por Colombia constituye un reconocimiento internacional a la importancia de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y la repartición de beneficios derivados del uso y la investigación de los recursos genéticos.

Si bien en el nivel internacional dicho reconocimiento se ha alcanzado en diferentes foros como el Convenio sobre Diversidad Biológica, la importancia del contenido del entendimiento radica en que los Estados Unidos de América no hacen parte de dicho instrumento internacional, por lo que se fomenta una estrecha relación al cumplimiento de las estipulaciones generales del Convenio.

De otra parte, ante las evidencias que existen de la concesión de patentes mediante actos de biopiratería, se incluyeron obligaciones entre las Partes para buscar mecanismos para compartir información que pudiera referirse a recursos genéticos y conocimientos tradicionales a fin de evitar, que se materialicen estos actos. Para ello, Colombia y EE.UU. deberán mejorar los sistemas y mecanismos de búsqueda de información que eviten la concesión de patentes ilegales o cuestionables. Así, las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual, la USPTO y la SIC deberán fortalecer y garantizar mejoras en sus sistemas de búsqueda de antecedentes referidos a biodiversidad y Conocimientos Tradicionales.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, los ponentes consideramos que no hay nada en el Acuerdo con los Estados Unidos que permita "apoderarse" de la biodiversidad sino que por el contrario, este se convierte en una herramienta

estratégica que nos permitirá implementar mecanismos efectivos de lucha contra la concesión de patentes indebidas en los Estados Unidos.

12. **Acceso a mercados.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según José Amado del Comité de Empresarios de la Red de Acción Contra el Libre Comercio y el ALCA (Recalca), el sector calzado, cuero y manufacturas, es uno de los perdedores con el TLC y trata de demostrarlo haciendo una analogía con la apertura económica. El énfasis de este diagnóstico es el aumento de importaciones y la desaparición de algunas empresas del sector y el hecho de que los principales mercados del calzado son andinos y desaparecerán como consecuencia del TLC. Adicionalmente, mostró preocupación por una posible triangulación del calzado que importa EE.UU. de China y dijo que se oponía a la flexibilización de las normas de origen, ya que equivalía a abrir la compuerta a una producción desnacionalizada, a la industria del ensamblaje, y a la explotación de los trabajadores.

Camilo Llinás de la Asociación Colombiana de Fabricantes de Autopartes, Acolfa, tras resaltar la importancia de la industria para el desarrollo de los países, dice que en Colombia este gremio genera 25 mil puestos de trabajo. Afirma además que el TLC consagra una desgravación a 10 años para los bienes del sector, lo cual le brinda la oportunidad de prepararse para enfrentar los retos y aprovechar las oportunidades del tratado.

Luis Carlos Villegas de la ANDI, gremio cúpula del sector, afirmó que el TLC abre un potencial amplio para toda la industria que tendrá desde el primer día de vigencia del acuerdo, arancel cero para el 99.98% de lo que hoy se exporta a Estados Unidos. Villegas destaca en particular la desgravación para la exportación de los bienes con mayores potencialidades en el mercado norteamericano.

Por otro lado, desde el punto de vista de las importaciones, dice Villegas que Colombia eliminará los aranceles, desde el primer día del acuerdo para el 82% de las importaciones de bienes industriales provenientes de Estados Unidos con grandes beneficios para la competitividad, pues la gran mayoría corresponde a materias primas y bienes de capital que no se producen en el país.

Adicionalmente, la ANDI resalta que los productores colombianos podrán seguir haciendo uso del Plan Vallejo de manera indefinida, con los consecuentes beneficios especialmente para la pequeña y mediana empresa. Esta ventaja no tiene antecedente en los TLC de Estados Unidos;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Salvo 20 líneas arancelarias correspondientes a calzado (17) y a atún (3), que se ubicaron en un programa de desgravación lineal a 10 años, el resto del universo arancelario de bienes industriales (99.98%) fue colocado en canasta inmediata. En consecuencia, una vez el Acuerdo entre en vigencia, los productos industriales colombianos tendrán entrada libre de aranceles al mercado de Estados Unidos.

En cuanto a la oferta final de Colombia a Estados Unidos en materia de bienes no agrícolas, se otorgó acceso inmediato al 79% del valor del comercio de bienes industriales que ese país exporta a Colombia (período de referencia 2001-2004). Un 92.5% del valor correspondiente a los ítems que tendrán cero arancel a la entrada en vigencia del acuerdo corresponde a bienes no producidos en Colombia o con aranceles entre 0 y 10%. Por otro lado, alrededor del 90% del comercio de esos ítems corresponde a bienes de capital y materias primas requeridos por el aparato productivo colombiano –cifras sin incluir textiles–.

En términos de valor, un 6.8% de los productos que exporta Estados Unidos a Colombia (promedio 2001-2004) tendrá un período de desgravación de 5 años; el 2,0% tendrá una desgravación en 7 años, mientras que para el 9.4% de los bienes el plazo será de 10 años.

En desgravación a cinco años quedaron algunas partidas de atún y pesca, jabones, perfumes, productos de la metalurgia, maderas y algunas autopartes.

Para el sector de papel se diseñó un cronograma de desgravación que consultó no sólo su interés sino el del eslabón siguiente en la cadena: la industria gráfica. Dicho cronograma tiene una duración de cinco años otorgando las siguientes preferencias: año 1 (10%), año 2 (10%), año 3 (30%), año 4 (20%) y año 5 (30%).

Para algunas resinas y bienes intermedios del sector petroquímico se pactó una desgravación en 7 años. Los productores querían ubicar esos productos en 10 años pero las empresas consumidoras de estos insumos y materias primas querían una canasta inmediata.

Finalmente, tendrán desgravación en 10 años principalmente bienes finales como autopartes y automóviles (menos algunos vehículos 4x4 que quedaron con desgravación inmediata), electrodomésticos, muebles de madera, revistas y horóscopos, joyería, sombreros, entre otros.

Por otro lado, en los acuerdos comerciales, los países participantes se comprometen a no tener restricciones ni a las importaciones, ni a las exportaciones, para garantizar que haya un adecuado flujo de comercio y las ventajas relativas puedan conducir a un mejor aprovechamiento de los recursos productivos.

Sin embargo, desde el GATT los países han considerado la posibilidad de tener algunas reservas a este principio (artículo XI) para atender situaciones especiales. Así pues, ante una escasez aguda de alimentos, las exportaciones pueden restringirse; o si las importaciones que se están realizando no cumplen con adecuadas condiciones de calidad y pueden afectar negativamente la salud de las personas o de los animales o pueden causar daño al medio ambiente, estás pueden limitarse también.

Adicionalmente, los países se reservan algunos temas que resultan muy sensibles para sus economías. Esto se hace mediante excepciones al principio de trato nacional. Dicho principio contempla que a un producto de la otra parte se le debe dar el mismo trato que se otorgue a productos locales, similares, competidores o sustituibles según el caso.

En este sentido, en el TLC, Estados Unidos se reservó controles a las exportaciones de troncos de madera y el cabotaje que sólo lo puede hacer su marina mercante.

Colombia por su parte, reservó los controles a las exportaciones de café; los controles a las importaciones de bienes usados, imperfectas saldos o segundas, sobrantes, desperdicios; y, los controles a la importación de vehículos usados o que tengan más de dos años de haber sido fabricados.

Igualmente, Colombia se reservó las medidas relacionadas con la aplicación de impuestos a bebidas alcohólicas (Impuesto al Consumo previsto en la Ley No. 788 del 27 de diciembre de 2002 y la Ley 223 del 22 de diciembre de 1995). El monopolio rentístico lo mantienen los departamentos, pero el país lo debe examinar cuatro años después de la entrada en vigor del Tratado para generar más transparencia en la definición de los contratos que actualmente se hacen entre las gobernaciones y los importadores.

Adicionalmente, Colombia podrá seguir exigiendo la contribución sobre las exportaciones de café de conformidad con la Ley 101 de 1993 y la contribución sobre las exportaciones de esmeraldas de conformidad con la Ley 488 de 1988.

En este capítulo se aseguró la continuidad de regímenes especiales aduaneros como el Plan Vallejo y las Zonas Francas. En consecuencia, es posible exportar de manera preferencial a Estados Unidos utilizando estos esquemas, con los consecuentes beneficios especialmente para la pequeña y mediana empresa. El acceso preferencial se dará siempre y cuando las mercancías exportadas cumplan con los requisitos específicos de origen pactados en el Acuerdo.

Teniendo en cuenta la posición del gremio cúpula de la industria y los resultados concretos de la negociación que logran un balance favorable entre intereses ofensivos y defensivos y que permiten continuar con la aplicación de mecanismos de promoción del desarrollo industrial y la inversión, los ponentes consideramos que este capítulo en su conjunto se constituye en uno de los grandes logros de la negociación del TLC.

13. **Bienes Usados y Remanufacturados**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según José Amado de Recalca, se permite la importación de productos defectuosos, saldos y la basura usada de los norteamericanos. Sostiene que la llegada de remanufacturados y maquinaria obsoleta desde EE.UU. no contribuye al mejoramiento de la tecnología, sino que propiciará la desvalorización de los equipos establecidos, quebrará la industria productora de bienes de capital y propiciará el atraso tecnológico del sector calzado. Por su parte, Walter Arrieta de la Universidad Libre, expresa preocupación por el bienestar de los consumidores ante la posibilidad de vender en el territorio nacional bienes remanufacturados importados de EE.UU.

Para Rodolfo Ramírez, también de la Universidad Libre, la eliminación del arancel para productos remanufacturados, si bien es problemático desde el punto de vista de la calidad de los bienes, es positivo desde el punto de vista de las posibilidades de tecnificación de la industria nacional.

Por su parte, Camilo Llinás de Acolfa, uno de los sectores más activos durante la negociación en el tema de bienes remanufacturados, afirma que "*el Gobierno colombiano nos ha ofrecido el apoyo y las herramientas para evitar el comercio de autopartes y de vehículos usados, cosa que esperamos se concrete";*

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Como se mencionó en el capítulo anterior, Colombia se reservó los controles a las importaciones de bienes usados, imperfectas saldos o segundas, sobrantes, desperdicios; y, los controles a la importación de vehículos usados o que tengan más de dos años de haber sido fabricados. Todos estos bienes seguirán sujetos al régimen de licencia previa, tal como ocurre en la actualidad.

En cuanto a bienes remanufacturados, se acordó una definición que incluye el requisito de que ellos sean producidos a partir del desensamblaje de bienes previamente utilizados y el reensamblaje posterior de los componentes, siempre que el producto final quede funcionando con características similares a las de un producto nuevo[47]. El comercio de este tipo de bienes podrá regularse con medidas de protección al consumidor (control de calidad) y del medido ambiente, así como la seguridad y salud de las personas. De igual modo, estará sujeto al otorgamiento de garantías y el fortalecimiento aduanero para garantizar un uso adecuado de esta modalidad.

El ámbito de bienes remanufacturados corresponde a 1.489 subpartidas del arancel de aduanas, es decir, el 25% del universo arancelario industrial. Para 69 partidas consideradas de mayor sensibilidad, se estableció un cronograma de desgravación especial consistente en 5 años de gracia y una desgravación lineal de 5 años adicionales para un total de 10 años. Cabe mencionar, que varias de estas partidas para las que se permitirá la importación de bienes remanufacturados corresponden a bienes de capital a los cuales podrán acceder los productores nacionales a un costo mucho menor.

Los ponentes consideramos que las salvaguardas que impone el Tratado son suficientes para garantizarles una protección adecuada tanto a los productores como a los consumidores nacionales. Sin embargo, hacemos un llamado al Gobierno Nacional para que se avance decididamente en el fortalecimiento de los mecanismos de protección al consumidor y en el diseño de reglamentos técnicos claros que permitan mitigar cualquier eventual impacto derivado de la importación de bienes remanufacturados.

14. **Asuntos Aduaneros.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Para Jaime Sorzano de Colfecar, "*los acuerdos obtenidos en materia aduanera hacen prever importantes reducciones de tiempos en las funciones y trámites correspondientes y en las inspecciones, lo cual toca directamente con la eficiencia del modo terrestre de carga*". En el mismo sentido se pronunció la Asociación Nacional de Industriales, ANDI;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Los ponentes consideramos el capítulo de administración aduanera del TLC como un gran logro para Colombia en materia de competitividad ya que exige poner al día algunos aspectos de las aduanas que funcionaban de manera precaria. Por tal razón, compartimos la visión del interviniente sobre la materia.

15. **Servicios financieros.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Sobre el tema de servicios financieros, Carlos Alberto Sandoval de la Asociación Bancaria, Asobancaria, dice que el TLC traerá una mayor eficiencia de la economía y la banca colombiana. Afirma además que la Asociación no le teme al TLC sino que lo respalda. Destaca que el tratado beneficia a los usuarios de servicios financieros y permite a las entidades colombianas ofrecer servicios en los Estados Unidos y atender nichos importantes como el de los inmigrantes latinos.

Gustavo Morales de la Federación de Aseguradores Colombianos, Fasecolda, se refirió al resultado de la negociación para el sector que representa y concluyó que el balance era positivo para los aseguradores. Dijo que Colombia concedió la posibilidad de que empresas estadounidenses presten algunos servicios sin presencia local en modalidades muy especializadas, principalmente relacionadas con el comercio internacional de mercancías, lo cual no afectaba a las empresas nacionales.

Expresó que los aseguradores colombianos se habían mostrado preocupados por la posibilidad de que los nacionales adquieran seguros en el exterior, principalmente seguros de vida, tema en el que podía presentarse una modificación de la estructura del mercado.

Sin embargo, a ese respecto, dijo que las salvaguardias consignadas en el TLC eran suficientes para mitigar el posible impacto negativo. Entre esas salvaguardias, destacó la posibilidad de gravar los seguros adquiridos en el exterior, la prohibición de que empresas extranjeras hagan publicidad en Colombia, el control que anunció el Gobierno sobre los comercializadores y el período de 4 años para adecuarse a las nuevas condiciones del mercado, a partir de la entrada en vigencia del tratado.

Sobre este mismo capítulo, la ANDI afirmó que en un período determinado, se podrán consumir en el exterior algunos seguros para personas naturales o jurídicas (como seguros contra siniestros o seguros integrales al transporte de mercancía en todo el trayecto de la misma), lo que permitirá mejorar las condiciones de competitividad de las empresas;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Durante la etapa de la negociación, dos temas de este capítulo generaron controversia. En primer lugar la liberalización del sector asegurador y en segundo lugar y de especial relevancia para los ponentes, la preservación de la potestad del Estado colombiano de diseñar y regular el sistema de seguridad social.

La intervención del representante del sector asegurador sienta la posición del gremio que resulta favorable al tratado ya que considera que las medidas que implican una mayor apertura no atentan contra las empresas nacionales. Los aseguradores consideran que las salvaguardias establecidas en la materia satisfacen las demandas planteadas por el gremio durante la negociación. Desde el punto de vista de la demanda, el Presidente del Consejo Gremial Ampliado, considera igualmente que la liberalización de algunos productos específicos del sector, facilitará el acceso y reducirá los costos para la adquisición de ciertos seguros necesarios para fomentar la competitividad de los productores y exportadores colombianos.

Por otro lado, desde el punto de vista del sector bancario, el representante de Asobancaria sentó una posición favorable frente al TLC, el cual considera una oportunidad ofensiva para Colombia al atacar ciertos nichos en los Estados Unidos. De igual manera, los ponentes consideramos que nada en el Tratado afecta la discrecionalidad del Estado para seguir regulando el sector financiero. De hecho, las mejores condiciones para la inversión en general y para la inversión en la prestación de servicios financieros puede redundar en una mayor competencia que beneficie a los consumidores.

En cuanto a la seguridad social, revisado el texto del Tratado, a diferencia de lo pactado por EE.UU. en otros TLC, los ponentes verificamos que se acordó un anexo que preserva la facultad de las autoridades colombianas de diseñar y regular el sistema de seguridad social. Como lo afirmó el Gobierno en las respuestas a un cuestionario formulado por el Senador Jorge Enrique Robledo en 2006, el sector de seguridad social queda excluido de las disciplinas del tratado y los gobiernos conservan la facultad de reformar sus sistemas de seguridad social.

El anexo de seguridad social busca que, si en determinado momento un gobierno decide trasladar la totalidad o una parte de la oferta de servicios financieros relacionados con la seguridad social al sector privado en condiciones de competencia (como cualquier otro servicio), entonces deberá garantizar una normatividad no discriminatoria en contra de instituciones financieras de la otra Parte.

Así mismo, si en otro momento un gobierno decide crear un monopolio estatal prestador de la totalidad o de una parte de los servicios relacionados con la seguridad social, el anexo lo permite, sin que esto constituya una violación al acuerdo.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, los ponentes consideramos que el sector de servicios financieros del TLC puede acarrear importantes beneficios para Colombia.

16. **Contratación Pública.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según José Amado de Recalca, no hay reciprocidad en el capítulo de contratación pública en el TLC "*es decir, que los productores colombianos participen de las compras estatales en el presupuesto norteamericano de US$3,6 billones es remota porque no todos los Estados suscriben el tratado, está prohibida la subcontratación con empresas extranjeras y acceder a estas compras implica costos muy altos que los pequeños industriales no pueden pagar*".

La ANDI afirma en la ponencia radicada, que con el tratado se abre la posibilidad a las empresas colombianas de participar en las compras estatales del gobierno de Estados Unidos. Esta opción estaría disponible para todo tamaño de empresas. Añade que nueve estados de ese país se adhirieron al

---

47 Mercancía remanufacturada significa mercancías industriales, ensambladas en el territorio de una Parte, clasificadas en el Sistema Armonizado en los capítulos 84, 85, 87 ó 90 o la partida 94.02, salvo las mercancías clasificadas en las partidas 84.18 u 85.16 del Sistema Armonizado, que:
(a) están compuestas completa o parcialmente de mercancías recuperadas; y
(b) tengan una expectativa de vida similar y gocen de una garantía de fábrica similar a la de una mercancía nueva.

Tratado, entre otros: California, Nueva York, Texas, Florida y el Distrito de Columbia.

Desde el punto de vista defensivo, Juan Alfredo Pinto de ACOPI, destacó que a partir de la suscripción del tratado, en Colombia las licitaciones públicas inferiores a un monto determinado, donde participen PYMES, no involucrarán firmas norteamericanas;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Sobre el tema de la reciprocidad en materia de compras públicas, los ponentes queremos recordar que el acceso a ese mercado gigantesco en los Estados Unidos está totalmente bloqueado en la actualidad. Entre tanto, en Colombia se permite el acceso de extranjeros, prácticamente sin discriminación, al mercado nacional. En tal sentido, este capítulo fue netamente ofensivo durante la negociación. Dentro de los resultados más importantes debe mencionarse los siguientes:

1. En el nivel federal se abre un mercado potencial para las empresas colombianas que en 2005 fue de US$350 mil millones, al cual sin el TLC no es posible entrar. De los US$126 mil millones que se adquieren en bienes, Colombia tiene oferta exportable para un 15% de ellos, es decir, hay un mercado potencial de US$19 mil millones a los que se tendrá acceso con el TLC.

2. Colombia estableció una reserva exclusiva para las Pymes en los contratos hasta por US$125.000, así como posibilidades de establecer programas que apoyen la subcontratación y la desagregación tecnológica.

3. Colombia estableció en su oferta una protección de tres años para la contratación de servicios de construcción y dejó por fuera de la cobertura la contratación de alimentos y vestuario de la fuerza pública, servicios como investigación y desarrollo, salud y educación, servicios públicos, arquitectura, ingeniería, impresión, entre otros.

4. Se excluyen igualmente de la cobertura las contrataciones relacionadas con programas enmarcados en procesos de paz.

5. Quedó acordado implementar programas de cooperación y capacitación que le permitan a los proveedores nacionales, especialmente las Pymes, entender y acceder al mercado de contratación pública de EE.UU.

En relación a la aparente falta de reciprocidad del capítulo, reclamada por uno de los intervinientes, debe mencionarse que el Gobierno Federal de los Estados Unidos a través del USTR, deberá consultar con cada Estado su disposición para hacer parte de la oferta de los Estados Unidos. Considerando esta situación, Colombia propuso, y así quedó acordada, una condición que mantuviera el equilibrio entre las ofertas. Esta condición se basa en el principio de "denegación de beneficios" el cual consiste en la posibilidad de impedir la participación en una licitación pública departamental, a un contratista cuyo Estado no haya suscrito el TLC.

Por otra parte, es importante mencionar que entre los nueve estados del TLC están los de mayor contratación como son: la Florida, Texas y New York, siendo la única excepción California. Estados como Puerto Rico e Illinois ofrecen interesantes oportunidades, así como los cuatro restantes: Arkansas, Colorado, Mississippi y Utah.

Los ponentes consideramos que los exportadores colombianos podrán aprovechar las grandes oportunidades de los mercados de compras públicas que ofrece Estados Unidos y esto resulta altamente conveniente para el país.

17. **Inversión.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según José Amado de Recalca el TLC consigna "*un singular concepto de expropiación. Se considera expropiación hasta la disminución de ganancias que un inversionista esperaba obtener, por efecto de cualquier medida tomada por las autoridades*" lo cual implicaría que "*quedan prohibidos los 'requisitos de desempeño', incluyendo los que tienen que ver con objetivos sociales, de protección de la salud o de respeto al medio ambiente"*La consagración de los principios "*de trato nacional, nivel mínimo de trato y otros, implican la ausencia de cualquier forma de regulación –o política de desarrollo nacional- so pena de ser impugnada*". Concluye el interviniente diciendo que "*el Estado se priva de toda posibilidad ya no sólo de garantizar sino también de proteger los derechos humanos, económicos, sociales y culturales*". En el mismo sentido se pronuncia Efraín Barbosa, profesor de física de la Universidad Nacional.

Barbosa afirma también que se suprimieron todos los requisitos de desempeño que se constituían en una salvaguarda para que los inversionistas cumplieran su función social y que queda en entredicho el artículo 60 de la Constitución referente a la democratización de la propiedad.

Según Aurelio Suárez, el TLC al imponer el libre flujo de capitales, somete a los agricultores y a la producción colombiana en general a una permanente volatilidad de la tasa de cambio. Igualmente, Héctor-León Moncayo del ILSA, afirma que "*no se prevé de manera categórica ningún tipo de control sobre los capitales 'volátiles', que ya han causado enormes daños a las economías y las sociedades del continente"*.

La abogada Rosa Camacho afirmó que el TLC era un mecanismo fundamental para mantener la estabilidad jurídica en Colombia y fomentar la inversión extranjera. En el mismo sentido se pronunció Rodolfo Ramírez de la Universidad Libre, quien añadió una alusión al impacto positivo que esto tendría sobre el empleo. Gran parte de los intervinientes, destacaron el efecto benéfico de los TLC sobre la inversión y su repercusión en el crecimiento y el empleo.

Así por ejemplo, de acuerdo con el presidente de la ANDI y el Consejo Gremial Ampliado, Luis Carlos Villegas:

"la inversión nacional tendrá reglas más estables para los negocios y la posibilidad de aumentar el comercio con Estados Unidos incentiva a los inversionistas locales a quedarse y no a trasladarse a otros países que ya lograron la ventaja del acceso preferencial permanente al mayor mercado del Mundo. La inversión norteamericana tendrá más garantías y podrá aprovechar las ventajas competitivas de Colombia para las ventas en el gran mercado de Estados Unidos. Los inversionistas de terceros países verán a Colombia como un sitio propicio para producir o transformar materias primas con miras a exportar a los Estados Unidos";

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En cuanto a la expropiación indirecta, los ponentes nos remitimos a las respuestas del Ministro de Comercio, Industria y Turismo a la Proposición 19 de 2006 de la Plenaria del Senado de la República. En esa ocasión el Gobierno expresó lo siguiente:

"Colombia, según el TLC, otorgará al inversionista norteamericano garantías que se encuentran en la Constitución y que coinciden con los estándares internacionales de protección a las inversiones. Adicionalmente, el capítulo de inversión, establece un procedimiento de solución de diferencias inversionista-Estado que ya ha sido aceptado por nuestro país con Perú y México, en el G-3 y en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca a las inversiones con Perú, declarados constitucionales según sentencias de 1995 y 1997 de la Corte Constitucional de Colombia".

En el caso de la expropiación, el artículo 58 de la Constitución contempla la garantía estatal para el derecho de propiedad, pero da al Estado la opción de afectarlo previo el cumplimiento de la obligación de indemnizar al titular del mismo. La Constitución se refiere a la expropiación genéricamente, es decir no distingue entre expropiación directa e indirecta. En consecuencia la expropiación en general, incluyendo sus diferentes formas (ej. directa e indirecta), está prevista en la Constitución, siempre que se sigan los requisitos constitucionales para su procedencia, a saber, que su propósito sea de utilidad pública o de interés social, y que además, como lo ha dicho la Corte Constitucional, se dé una compensación justa.

El Capítulo de Inversión del TLC contempla el mismo principio. La expropiación genera la obligación de indemnizar al inversionista de manera justa. Por seguridad jurídica para el Estado colombiano, en el TLC se distingue entre expropiación directa e indirecta. Saber cuáles son los elementos objetivos de cada tipo de expropiación, asegura que el Estado conozca los estándares que debe respetar e impide que se le exija el cumplimiento de obligaciones basadas en criterios subjetivos o arbitrarios.

La expropiación directa es aquella en donde el Estado obliga al inversionista a transferirle el título de dominio sobre la inversión cubierta. La expropiación indirecta es aquella en donde la actuación del Estado tiene un efecto equivalente al de la expropiación directa, sin que haya transferencia formal del título de dominio.

En el análisis de expropiación indirecta que hace el juez o árbitro competente, se requiere de una investigación fáctica, caso por caso, que tenga en cuenta los siguientes 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.

Si un inversionista alega expropiación indirecta por medidas regulatorias o actos del Estado, el árbitro o juez competente debe tener en cuenta los tres elementos anteriormente mencionados.

De estos criterios se enfatiza que la expropiación indirecta exige que la acción gubernamental interfiera con expectativas de ganancia de la inversión que sean inequívocas y razonables. Es decir, si el inversionista tiene expectativas no razonables, por ejemplo, si a pesar de existir legislación interna no necesariamente tan favorable como el inversionista lo desea, este tiene expectativas de ganancia altamente improbables dados los factores de riesgo comercial, no podrá concluirse que se produce una expropiación indirecta.

Cabe señalar, que el Anexo 10-B numeral 3.b del TLC, hace referencia expresa a las actuaciones del Estado que no se consideran expropiación indirecta, por no ser discriminatorias y porque buscan proteger el bienestar público. Esta disposición establece:

"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[48]".

Estos objetivos legítimos, como bien lo señala la nota de pie de página del párrafo enunciado propuesta por Colombia y acordada por las Partes del TLC, no son los únicos objetivos legítimos.

Al no constituir expropiación indirecta, los actos regulatorios que no sean discriminatorios y que tengan objetivos legítimos tales como los mencionados, no pueden dar pie a indemnizaciones a cargo del Estado.

Tras estudiar todas las disposiciones del Tratado y teniendo en cuenta lo antes expuesto, los ponentes consideramos que la medida de expropiación indirecta no ata las políticas de desarrollo del país, sino que reitera y aclara una protección constitucional a los derechos de propiedad, que se aplica sin discriminación a nacionales y extranjeros.

Al establecer como regla general que el Estado no incurrirá en expropiación indirecta, cuando sus actos regulatorios no sean discriminatorios y busquen con su aplicación, proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, el capítulo de inversión del TLC concuerda con el Estado Social de Derecho que estableció la Constitución de 1991. Es decir, reafirma el principio del Estado Social de Derecho que protege el ámbito privado de acción, que permite la intervención estatal prudente y no caprichosa, pero motivada sí en el interés supremo del bienestar público.

Adicionalmente, dentro de los capítulos del Tratado y de los anexos de medidas disconformes, se consagra una serie de excepciones a la aplicación de los principios generales que preservan de manera absoluta la soberanía del Estado, presente y futura, en todas las materias que los intervinientes mencionaron y en muchas otras hipótesis que los ponentes plantearon en sus deliberaciones. Nada en el TLC impide la aplicación de medidas de promoción del desarrollo, ni impide que el Estado otorgue una función social a la inversión, lo cual puede hacerse por infinidad de medios.

En cuanto a la acusación que se refiere a una supuesta violación del artículo 60 de la Constitución, relacionada con la enajenación de la participación del Estado en las empresas y la democratización de la propiedad, hay que decir que el Tratado consagra en el Anexo I de medidas disconformes, de la siguiente manera lo dispuesto en la Ley 226 de 1995 que desarrolla este mandato constitucional:

"Sector:	*Todos los Sectores.*
Obligaciones afectadas:	*Trato Nacional (artículo 10.3).*
Nivel de gobierno:	*Central.*
Medidas:	*Ley 226 de 1995, artículos 3° y 11.*
Descripción:	***Inversión.***

Si el Estado colombiano decide vender la totalidad o parte de su participación en una empresa a una persona diferente a otra empresa estatal colombiana u otra entidad gubernamental colombiana, deberá primero ofrecer dicha participación de manera exclusiva, y bajo las condiciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, a:

a) Los trabajadores, pensionados, y extrabajadores (diferentes a los extrabajadores desvinculados con justa causa) de la empresa y de otras empresas de propiedad o controladas por esa empresa;

b) Asociaciones de empleados o exempleados de la empresa;

c) Sindicatos de trabajadores;

d) Federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores;

e) Fondos de empleados;

f) Fondos de cesantías y de pensiones, y

g) Entidades cooperativas.

Colombia no se reserva el derecho a controlar cualquier transferencia subsecuente u otras ventas de tal participación".

Por tal razón, consideramos que la crítica del interviniente sobre esta materia carece de fundamento.

En relación con el impedimento de fijar requisitos de desempeño según el Capítulo de Inversión (artículo 10.9.), de la misma manera que se precisó en el punto 3 del presente Acápite VI de esta ponencia, se puntualiza que este artículo no impide al Estado promover el desarrollo ni de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

La imposibilidad de imponer requisitos de desempeño como pueden ser las exportaciones mínimas, porcentajes de contenidos nacionales y transferencia de tecnología entro otros, tiene su razón de ser en el principio de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros (es decir, trato nacional), así como en el principio de libre competencia que establece el artículo 333 de la Constitución. Busca igualmente el artículo 10.9 del TLC fomentar la libertad económica y a promover la inversión extranjera.

Esta disposición es coincidente con el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), de la Organización Mundial del Comercio.

Es preciso aclarar que con el fin de dar desarrollo a la función social de la propiedad, el Tratado permite atar los beneficios a la transferencia de tecnología ya no solo general como lo permite el artículo 10.9(1), sino también transferencia de tecnología particular. Así mismo, el artículo sobre requisitos de desempeño en su párrafo 3°, despeja cualquier duda sobre el desarrollo de la función social de la propiedad y el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, según lo establece el artículo 334 de la Constitución.

El mismo artículo 10.9. faculta al Estado receptor de la inversión para que desconozca la aplicación de algunas de los requisitos (alcanzar determinados niveles de contenido nacional, otorgar preferencias a mercancías producidas en el territorio, o transferir una tecnología en particular) cuando aplique medidas :

"i) Necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo;

ii) Necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o

iii) Relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no".

Finalmente, en desarrollo del artículo 10.13 *Medidas Disconformes* del Capítulo de Inversión, los Estados Parte previeron la necesidad de conservar márgenes de discrecionalidad sobre algunos sectores o temas esenciales, de tal forma que para protegerlos, el artículo 10.9. *Requisitos de Desempeño* no se aplica a determinados temas y sectores que están actualmente cubiertos por la normatividad nacional (Medidas Disconformes-Anexo I) y tampoco se aplica a determinados temas y sectores que por su importancia y sensibilidad El Estado puede introducir elementos regulatorios aún cuando en la actualidad no existan normas nacionales al respecto (Medidas Disconformes-Anexo II).

Los temas y sectores sensibles que se consideró necesario preservar en materia de requisitos de desempeño son la cuota para el desarrollo cinematográfico que se le impone a la exhibición o distribución de películas extranjera (I-COL-19);la cuota de pantalla en televisión abierta (I-COL-22);los porcentajes de programación nacional para televisión por suscripción diferente a la satelital (I-COL-23); el suministro de servicios sociales (II-COL-5); los asuntos relacionados con las minorías y grupos étnicos (II-COL-6); el diseño de joyas, artes escénicas, música, artes visuales y editoriales (II-COL-9); las industrias artesanales (II-COL-10); los medios audiovisuales y la publicidad (II-COL-12); y los servicios interactivos de audio y/o video (II-COL- 14).

Por otra parte, respecto de la crítica que afirma que no se prevé "*ningún tipo de control sobre los capitales 'volátiles', que ya han causado enormes daños a las economías y las sociedades del continente"*, nos permitimos citar igualmente respuesta dada en su oportunidad por el Gobierno al Senador Jorge Enrique Robledo:

Durante la negociación del capítulo de inversión, Colombia formuló las explicaciones y justificaciones de orden jurídico y técnico sobre la conveniencia de incorporar medidas que restringieran la aplicación de los procedimientos de solución de controversias y limitaran sus efectos en aquellos eventos en que el Estado, de acuerdo con los poderes otorgados por la Constitución y la Ley, adopte regulaciones a los flujos de capitales.

Para tal efecto, Colombia presentó una propuesta consistente con las políticas e instrumentos económicos adoptados por Colombia a lo largo de los años

48 *Para mayor certeza, la lista de "objetivos de bienestar público" en el subpárrafo no es exhaustiva.* (Texto del Acuerdo).

en materia de controles a los flujos de endeudamiento externo e inversión. La propuesta mantenía similitudes con los textos acordados por Estados Unidos con Chile y Singapur, países que utilizaron instrumentos de similar naturaleza a los implementados por Colombia.

Después de su discusión, en la penúltima ronda, todas las partes acordaron un anexo al capítulo que contempla normas especiales de solución de controversias aplicables a transferencias. El contenido de dicho anexo, complementa el capítulo de inversión de tal forma que hace parte del mismo.

El texto del Anexo 10-E sobre regulaciones a los flujos de capitales establece que las reclamaciones que presenten inversionistas alegando que Colombia, Perú o Ecuador han incumplido una obligación, bajo la sección A del capítulo de inversiones, al imponer medidas restrictivas sobre pagos y transferencias, se podrán llevar a los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado de la sección B bajo ciertas limitaciones. Se aclara que las siguientes limitaciones se aplican a las reclamaciones mencionadas salvo cuando las medidas son discriminatorias, es decir, contrarias a las disciplinas de Trato Nacional y de Trato de Nación Más Favorecida.

Las limitaciones que se aplican al sometimiento de una diferencia a un mecanismo de solución de controversia inversionista-Estado cuando existen medidas que restringen los pagos y transferencias son:

1. El inversionista solo podrá iniciar una demanda después de un año de los eventos que ocasionaron la reclamación.

2. La compensación por pérdidas o daños por concepto de medidas restrictivas a la entrada de capitales, se limitará a la reducción en el valor de las transferencias, pero no incluirá el lucro cesante o las pérdidas de oportunidades de negocios o cualquier daño consecuencial. Esta limitación existirá mientras el Estado que impone la medida garantice una tasa de retorno de mercado sobre cualquier activo restringido; y mientras le proporcione al inversionista una oportunidad razonable para mitigar la pérdida.

No obstante lo anterior, se podrá someter la diferencia en cualquier tiempo cuando haya restricciones en los siguientes aspectos:

i) El pago o transferencias de transacciones corrientes;

ii) Pagos o transferencias asociadas con inversiones en el capital de sociedades, o

iii) Pagos de deudas o bonos (que excluye las transacciones de cuentas de capital como los préstamos interbancarios) siempre que tales pagos sean efectuados de acuerdo con los términos y condiciones del acuerdo de préstamo o de la emisión de bonos.

Otra limitación sobre el sometimiento de diferencias relativas a medidas restrictivas sobre pagos al exterior y transferencias, se presenta en el caso del procedimiento Estado-Estado. Al respecto, el anexo prevé que una Parte no puede requerir el establecimiento de un panel arbitral de conformidad con el Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias) relacionado con la imposición de medidas restrictivas por una Parte distinta a los Estados Unidos con respecto a pagos y transferencias, sino hasta después de un año de la imposición de la referida medida.

Es necesario reiterar que con la existencia del Anexo 10-E, se mantiene la soberanía económica de Colombia al preservarse la autonomía de la Junta Directiva del Banco de la República. El Banco mantiene su capacidad para adoptar las políticas cambiarias a través de los instrumentos que juzgue apropiados según las circunstancias macroeconómicas y en armonía con los objetivos y funciones establecidos en la Constitución Política.

Nada en el TLC implica que Colombia haya perdido soberanía económica o que a la Junta Directiva del Banco de la República se le haya limitado su autonomía. En el evento en que sea necesario adoptar regulaciones que restrinjan temporalmente las transferencias, el Banco de la República podrá hacerlo de manera no discriminatoria teniendo en cuenta las características del mecanismo de solución de controversias en caso de limitaciones a pagos externos y transferencias.

Cabe anotar que los controles de capitales impuestos históricamente por el Banco de la República han afectado los flujos de las operaciones de endeudamiento externo exclusivamente, pero no a la inversión directa. Adicionalmente, han sido concebidos como medidas temporales y no discriminatorias bajo la forma de un encaje o depósito aplicado a los flujos de deuda. Así las cosas, instrumentos de esta naturaleza, por sí mismos, no generarían responsabilidad para el Estado como quiera que sus características resultarían compatibles con las reglas del anexo.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que el Gobierno Nacional tuvo presente el efecto negativo que los capitales volátiles pueden tener sobre la economía colombiana, así como cualquier eventualidad que pudiera tener consecuencias negativas sobre la estabilidad macroeconómica del país y por lo tanto, consagró la posibilidad de imponer "*medidas restrictivas con respecto a pagos al exterior y transferencias"* dentro del Capítulo de Inversión del Tratado de Libre Comercio. Así se preserva la autonomía constitucional del Banco de la República y se salvaguardan sus herramientas para mantener la salud de la economía colombiana.

18. **Servicios transfronterizos.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Héctor-León Moncayo del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, afirma que aplicar a los servicios el carácter de mercancías implica que su oferta será guiada por el ánimo de lucro lo cual es "*particularmente grave en casos como la salud y la educación (aunque también sería preocupante en el caso de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios)"*. Dice que el TLC restringe la potestad del Congreso para regular el tema de servicios públicos, el cual queda "desregularizado" y que el Estado no podrá tomar medidas protectoras de calidad, de equidad social y de cobertura universal de los servicios públicos. En el mismo sentido se expresa Juan David Moreno.

Según Jorge Tadeo Salcedo Luna de la Asociación de Ingenieros y Arquitectos Independientes Políticamente, Capítulo del Valle del Cauca, mientras los estadounidenses no tienen restricción alguna para su entrada a Colombia, los colombianos tienen grandes dificultades para lograr su acceso a EE.UU.

La ANDI por su parte, en la ponencia radicada en las Comisiones Segundas, afirma que el TLC abre un importante abanico de oportunidades para el sector servicios que representa cerca del 64% del PIB colombiano y 78% del empleo que genera la economía. Según el gremio, los servicios tendrán un marco jurídico más estable para incentivar la inversión y el crecimiento de los proveedores tanto norteamericanos como colombianos. Adicionalmente, Colombia conserva en el TLC la potestad y el margen para regular sectores sensibles de la economía tales como servicios públicos, seguridad social, educación pública, industrias y actividades culturales.

El gremio industrial afirma que los beneficios esperados se extenderán de manera transversal en sectores como: tecnologías de información (producción de software, ingeniería de sistemas, etc.) con protección del comercio transfronterizo de estos servicios; turismo, con la posibilidad de proteger el establecimiento y las operaciones de los agentes de turismo colombiano en Estados Unidos; servicios de construcción e ingeniería, con la posibilidad de explotar el potencial demostrado en Centroamérica y el Caribe; transporte, al facilitarse las alianzas y la multimodalidad con empresas nacionales y norteamericanas; servicios de salud, que podrán ofrecerse a nacionales norteamericanos (con altos ingresos per cápita), mediante las modalidades transfronterizas (atención a extranjeros y venta de servicios en Estados Unidos); educación superior, pues permite la integración de programas entre universidades para ser ofrecidos en Colombia y/o Estados Unidos, aprovechando el nicho de mercado de hispanoparlantes; y se podrá aprovechar la ventaja competitiva de calidad y precios de los servicios profesionales como la medicina, las ingenierías, el magisterio, asesoría jurídica y económica de empresas, etc.

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Los ponentes, debido al detalle de las exposiciones de los intervenientes en materia de educación, cultura y servicios profesionales, hemos decidido segmentar el estudio del capítulo de servicios transfronterizos en varias partes como se evidencia a continuación.

El primer tema general planteado retoma las críticas sobre la imposibilidad del Estado para regular el tema de los servicios públicos. Esta afirmación parte de un desconocimiento de los capítulos del TLC.

En términos generales, el capítulo de servicios transfronterizos del TLC implica que el Estado debe respetar en su regulación los principios establecidos en el acuerdo que son los de Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, Acceso a los Mercados y Presencia local. Es decir, se puede reglamentar sin ningún problema en la medida que esa nueva reglamentación no sea discriminatoria entre prestadores de servicios por su nacionalidad, dando un tratamiento a la otra parte del acuerdo que sea por lo menos equivalente al que se otorgue a prestadores de servicios provenientes de un país que no sea parte del mismo, y no imponiendo restricciones que limiten el número de proveedores de servicios, el valor total de las transacciones o activos de servicios; el número total de las operaciones de servicios o la cantidad total de producción de servicios; o el número total de personas naturales que puedan ser empleadas en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico; o restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa

conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.

Adicionalmente, la nueva reglamentación que se planeé expedir debe permitir que antes de su implementación facilite espacios para comentarios por parte de personas interesadas o afectadas por la misma. Esta situación ya se da en nuestro país actualmente por parte de todas las entidades regulatorías en materia de prestación de servicios.

En cuanto a servicios públicos domiciliarios, Colombia consagró expresamente en el TLC que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben estar legalmente constituidas y domiciliadas en Colombia como sociedades por acciones, salvo en el caso de las entidades descentralizadas que tomen la forma de empresa industrial y comercial del Estado, cuyo objeto corporativo es el suministro de servicios públicos domiciliarios bajo el régimen de "Empresas de Servicios Públicos" o "ESP".

La preferencia a las comunidades locales para la prestación de los servicios públicos domiciliarios se preservan a través de la consignación de una medida específica dentro de las reservas de Colombia que establece que en los concursos públicos realizados bajo las mismas condiciones para todos los participantes, para otorgar concesiones o licencias para la prestación de servicios públicos domiciliarios para comunidades locales organizadas, las empresas donde esas comunidades posean mayoría serán preferidas sobre cualquier otra oferta igual.

De igual manera, Colombia estableció reservas a la aplicación del capítulo en servicios de salud, educación y actividades culturales, entre varios otros campos que salvaguardan satisfactoriamente la potestad regulatoria en sectores considerados estratégicos. Estos capítulos se amplían posteriormente de forma separada.

Otra queja recurrente fue el hecho de que no se incluyera en el TLC una negociación sobre el tema de visas para que los empresarios colombianos pudieran entrar a Estados Unidos a prestar sus servicios.

Al respecto se debe mencionar que el Congreso de los Estados Unidos, a raíz de los hechos del 11 de septiembre de 2001, advirtió a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) la no aceptación de cambios en sus leyes de inmigración a través de tratados de libre comercio. El USTR informó de este impedimento a los países de la Comunidad Andina –Ecuador, Perú y Colombia–, desde el inicio de las negociaciones del TLC, y afirmó que ninguna disposición del tratado podría implicar obligaciones de las partes con respecto a sus medidas migratorias.

Teniendo en cuenta las inquietudes del sector privado colombiano y de la ciudadanía en general respecto de la obtención de visas de no-inmigrante emitidas por parte de los Estados Unidos, el diálogo con las autoridades de ese país condujo a la conformación, en el segundo semestre de 2004, del Grupo Técnico de Trabajo (GTT) sobre visas, en cuyas sesiones participaron funcionarios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Sección Consular de la Embajada de Estados Unidos.

Los objetivos de las reuniones de ese grupo fueron:

a) Estudiar el proceso de expedición de visas, aclarando dudas sobre los requisitos, políticas, procedimientos y tiempos de procesamiento;

b) Evaluar la información que se ofrecía al público sobre el proceso de solicitud y expedición de visas,

c) Explorar posibilidades de facilitación y optimización de su expedición, y

d) Comprender la cobertura de cada una de estas.

La utilidad y pertinencia de este mecanismo fueron reconocidas por ambos países, y como ejemplo de sus logros, cabe señalar la decisión de la Embajada de Estados Unidos de poner en marcha el proyecto de ampliación del espacio físico designado para la atención al público y la modificación de ciertos procedimientos, que llevaron a la disminución del tiempo requerido para la solicitud y renovación de visa de no-inmigrante y, en general, a una mejor y más expedita atención al público colombiano.

Los avances de este trabajo han sido expuestos a los gremios nacionales (Andi y Acopi), los cuales se mostraron satisfechos en lo relacionado con: a) otorgamiento de citas; b) mayor comprensión respecto a la situación económico-laboral de los solicitantes de visa; y c) entrega de visas. Aún así, también se han manifestado algunas dificultades que se han venido registrando y que representan un inconveniente para quienes solicitan visado, a saber: a) el hecho de que algunos viajes de negocios surgen súbitamente, y por ende el tiempo para el otorgamiento de las visas resulta extenso; y b) la ocasional suspensión del proceso de renovación de visas.

19. **La Cultura en el TLC.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Román Tirado Ariza de la Universidad Libre, afirma que "*con la negociación del TLC estamos abriendo la ventana para que puedan cambiar la cultura que nos identifica desde tiempos aborígenes*", debido a la introducción de nuevos medios de comunicación y al uso de las redes nacionales por parte de las empresas estadounidenses. En el mismo sentido se expresa Daniela Vergara de la misma institución;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En materia cultural, después de numerosas discusiones donde Estados Unidos buscaba eliminar cualquier protección que se buscaba al sector cultural colombiano, Colombia logró incluir una serie de entradas en sus anexos de medidas disconformes, o reservas a los principios de liberalización acordados, que buscan principalmente preservar la discrecionalidad del Estado hacia el futuro para desarrollar políticas de apoyo al sector cultural, interés fundamental de Colombia en la materia.

Estos elementos son muy importantes para el desarrollo de nuestros sectores en la medida en que las actuales políticas de fomento a la cultura, tales como incentivos fiscales o contributivos, garantías y demás diseñadas por el Gobierno, no deberán otorgarse a los proveedores de estos servicios que vengan de las otras partes con las que se negoció el acuerdo, y de la misma manera, hacía el futuro se podrán diseñar políticas nuevas que permitan generar mayor desarrollo en sectores culturales de interés para Colombia.

Los principales acuerdos y logros alcanzados en la negociación se presentan a continuación:

• Se acordó un listado de industrias y actividades culturales, el más amplio hasta el momento en un TLC, que incluye actividades relacionadas con la publicación, distribución o venta de libros, revistas, publicaciones periódicas o diarios electrónicos o impresos; publicación, distribución, venta o exhibición de películas, videos y grabaciones musicales; la producción y presentación de artes escénicas; la producción o exhibición de artes visuales; el diseño, producción, distribución y venta de artesanías; y todas las radiodifusiones dirigidas al público así como todas las actividades relacionadas con la radio, la televisión abierta y la televisión por suscripción.

• Para todas esas industrias y actividades se acordó una reserva frente a la disciplina de Trato de Nación Más Favorecida, lo cual le permitirá a Colombia profundizar sus relaciones comerciales con respecto a la cultura mediante acuerdos de coproducción o cooperación cultural, sin la obligación de extenderle esos beneficios a los Estados Unidos.

• De la misma manera para todas esas industrias y actividades culturales se realizó una claridad relativa al trato preferencial que los colombianos recibirán frente a la entrega de los programas de apoyo del gobierno, entendidos como incentivos fiscales, subsidios, préstamos favorables, ayudas del gobierno, garantías, seguros, fondos de inversión, beneficios tributarios (cuando no apliquen a bienes) y contribuciones parafiscales.

• Se acordó una excepción específica para la distribución, venta al por menor y exhibición de artesanías que permite en esas actividades dar trato preferencial a nuestros nacionales y condicionar la entrega de incentivos por parte del gobierno a alcanzar porcentajes específicos en materia de contenido nacional.

• Se acordó una cuota de pantalla de obras cinematográficas colombianas en salas de cine o exhibición de Colombia del 15%, y de obras cinematográficas colombianas mostradas anualmente en los canales de televisión abierta del 10%; ambas sin precedentes en un TLC con Estados Unidos.

• Adicionalmente, Colombia dejó plasmado en sus reservas la posibilidad de otorgar exenciones a la Cuota para el Desarrollo Cinematográfico impuesta a los exhibidores o distribuidores de películas extranjeras, siempre y cuando se cumplan con porcentajes de exhibición y distribución de películas nacionales según lo establecido en la Ley del Cine (Ley 814 de 2003).

• Colombia logró preservar los elementos básicos de su modelo de televisión nacional. Dentro de esos elementos se incluye la discrecionalidad del Estado en la determinación del número de operadores de televisión abierta, la restricción del límite de inversión extranjera del 40% de capital extranjero sujeto a reciprocidad, el requisito de establecimiento en el país y constitución como sociedades anónimas para la prestación de los servicios de televisión abierta, y los requisitos de contenido nacional en la programación de los canales de los operadores y concesionarios de televisión abierta nacional.

Solamente se hizo una concesión en la cuota de pantalla para los fines de semana y festivos pasando de 50% a 30% pero únicamente cuando las actuales concesiones terminen, es decir a finales de enero de 2009.

• Los porcentajes mínimos de programación de producción nacional, previstos en la legislación nacional vigente, aplicarán a 2 canales o al 25% de los canales (lo que sea más alto) por cada prestador de servios de televisión cuando exista multicanalidad.

• Sobre la televisión comunitaria se acordó salvaguardar un espacio de exigencia de hasta 56 horas semanales de programación de producción propia, buscando a futuro poder aumentar la exigencia actual de 14 horas, en la medida que se considere viable.

• En materia de radio, se estableció que los concesionarios que presten ese servicio en Colombia deben ser nacionales colombianos o personas jurídicas establecidas en el país. De igual forma, Colombia conserva la potestad para otorgar nuevas concesiones de acuerdo con los criterios económicos establecidos por ley.

• Para la música, las artes visuales, el diseño de joyas, las artes escénicas y el sector editorial, Colombia se reservó la posibilidad de otorgar o continuar otorgando ayudas por parte del Gobierno en estos sectores sujetos a la condición de incorporar contenidos creativos domésticos en su desarrollo.

• En materia de publicidad el país se reservó la posibilidad de establecer cuotas publicitarias producidas y creadas en Colombia hasta en un 20%. Esto aplica para la publicidad contratada anualmente con compañías de servicios de medios establecidas en Colombia diferentes de periódicos, diarios y servicios de suscripción con casas matrices fuera del país. Es importante aclarar que estas medidas no aplican a la publicidad de estrenos de películas en salas de cine ni a cualquier medio cuya programación se origine fuera de Colombia.

• Se reservó la posibilidad de tomar medidas en reciprocidad, cuando a nivel estadual se descubra alguna medida que discrimine a inversionistas o prestadores de servicios colombianos en materia de audiovisuales, música y publicaciones.

• Colombia preservó la posibilidad de otorgar derechos o preferencias a las comunidades locales en todo lo relacionado con el desarrollo de expresiones conectadas con el patrimonio cultural inmaterial según lo establecido en la Resolución 0168 de 2005. Algunos de los sectores que abarca esta Resolución son:

– Lenguas y expresiones orales.

– Expresiones musicales.

– Expresiones rituales, escénicas, ceremoniales, juegos, festividades.

– Conocimientos, técnicas asociadas a la elaboración de objetos.

– Gastronomía.

• Por último, y tomando en consideración los desarrollos tecnológicos que se están dando hacía el futuro, Colombia a través de un proceso de consultas con la otra parte podrá garantizar el acceso a los contenidos audiovisuales colombianos que en un momento determinado no estén disponibles a sus consumidores nacionales a través de los servicios interactivos de audio y/o video.

Lo anterior demuestra que todas las inquietudes formuladas en materia cultural y que fueron conocidas por la opinión pública, fueron debidamente acogidas y protegidas en la negociación del TLC. Por tal razón los ponentes consideramos que el Estado conserva su potestad de regular y promover los sectores culturales y que por lo tanto no se deriva de lo dispuesto en el tratado ninguna amenaza concreta para nuestras industrias culturales.

20. **Educación y TLC.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

En cuanto a la educación y el TLC, Efraín Barbosa, profesor de física de la Universidad Nacional, Juan David Moreno, estudiante de la Universidad Nacional, Carolina Salazar Leal de Cedetrabajo y Federico Suárez Ricaurte de la Federación Colombiana de Estudiantes, expresaron reparos similares sobre la materia. Las principales críticas fueron las siguientes:

– Una lectura del artículo 11.1:6, que se refiere al ámbito de aplicación del capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios, deja claro que la educación superior, aunque aparentemente es un servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales –evento en el cual no se le aplicarían estas normas–, no encaja dentro de la definición que hace el tratado de un servicio de este tipo para poder excluir los "*servicios no provistos sobre una base comercial ni en competencia con uno o más proveedores de servicio*". La permisividad y existencia de universidades privadas en Colombia hace que el servicio sea prestado sobre una base comercial y en competencia con uno o más proveedores, además de que la Ley 30 de 1992 establece que las universidades privadas deban ser corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria sin ánimo de lucro, no significa que su tráfico jurídico no esté regulado por el Código de Comercio.

– El Trato Nacional, pone en peligro la financiación estatal que por vía de los artículos 86 y 87 de la Ley 30 de 1992 se da a la universidad pública y obliga a extender los subsidios del Fodesep a empresas extranjeras.

– Si bien existe una medida disconforme que excluye a la educación del Tratado, las disposiciones generales del mismo representan una amenaza para la educación en Colombia. Adicionalmente, se limita a la educación como "servicio social" que se presta por "interés público" sin definir esos dos términos, lo cual abre la puerta a que se aplique la definición de la educación como un servicio de enseñaza, diferente a un servicio social, consagrada en la OMC. Según uno de los intervinientes, esto implicaría que todos los beneficios otorgados a la inversión extranjera, deban aplicarse al caso de la educación.

– La reserva en las medidas disconformes cobija solamente a la educación pública, lo cual restringe la potestad del Estado para regular la educación privada la cual queda sujeta a la misma regulación general del capítulo de servicios.

– La figura de expropiación indirecta implica que un inversionista extranjero puede demandar al Estado colombiano por considerar, por ejemplo, que la apertura de un instituto público de educación, menoscaba la expectativa de ganancia que tenía originalmente.

– El Estado pierde la potestad de regular la educación, por ejemplo, en lo referente a la adopción de medidas tendientes a limitar el número de proveedores extranjeros o universidades privadas, garantizar la calidad de la educación, limitar el valor de las matrículas, exigir transferencia de tecnología (por ejemplo en investigaciones de biodiversidad) y determinar la naturaleza jurídica de las instituciones.

– La imposibilidad de imponer un requisito de contenido nacional implicaría que no se pueda exigir que los libros o el software usados en algún programa sean nacionales. Además, la protección a la propiedad intelectual, limita la posibilidad de reproducir textos necesarios para la educación en Colombia,

b) *Consideraciones de los ponentes.*

El mundo moderno se organiza para la producción y distribución de bienes y servicios en formas eficientes que aseguren al consumidor cobertura, acceso y calidad. Esas labores pueden ser desarrolladas por el sector público, por el sector privado o por una organización mixta, siempre que lo hagan eficientemente.

El caso de las basuras en Bogotá es una muestra de la superior eficiencia del sector privado en la provisión de ese servicio específico.

El caso de Transmilenio es un excelente ejemplo de la asociación entre sector privado y sector público para mejorar un servicio en el que el sector privado mostró ser poco eficiente y en el que la incursión del sector público arrojó cuantiosas pérdidas.

Lo anterior significa que el hecho de dar a los proveedores de bienes y servicios del sector privado la atención a la sociedad no es razón para calificar como vulgares "mercancías" a esas actividades. Tampoco significa que el Gobierno se desentienda de sectores importantes. La lectura del TLC demuestra palmariamente el error de ese tipo de afirmaciones.

"*Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a la aplicación y ejecución de leyes y al suministro de servicios correccionales, y de los siguientes servicios en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o se mantengan por razones de interés público: readaptación social, seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación y capacitación pública, salud y atención infantil*" (Anexo II: Medidas Disconformes para Servicios e Inversión – Colombia, 4. Sector, Servicios Sociales).

La anterior reserva significa que toda la educación y capacitación pública puede recibir un trato especial por parte de las políticas públicas. De esta forma, en las decisiones de política económica orientadas a este sector el Gobierno puede optar por no aplicar el trato nacional, ni el principio de nación más favorecida, ni la eliminación a las discriminaciones de acceso.

Lo propio ocurre con otros servicios mencionados en la reserva, como los de seguridad social, salud y atención infantil. La seguridad social abarca los siguientes sistemas obligatorios: el Sistema General de Pensiones, el sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Profesionales y el Régimen de Cesantía y Auxilio de Cesantía.

Hay otra reserva que aplica como restricción al acceso a mercados y comprende diversos servicios:

"*Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que imponga limitaciones sobre:*

.. los servicios de enseñanza primaria y secundaria, y el requisito de una forma de tipo específico de entidad jurídica para los servicios de enseñan-

za superior.”. (Anexo II: Medidas Disconformes para Servicios e Inversión – Colombia, 1. Sector, Algunos Sectores).

Permite al gobierno mantener todos los requisitos que disponga en materia de educación primaria y secundaria, sea esta pública o privada. Con relación a la educación superior se mantiene el derecho de imponer una forma jurídica determinada; en la actual reglamentación, las entidades de educación superior deben ser entidades sin ánimo de lucro tal y como lo contempla nuestra legislación actual.

Lo anterior muestra que el TLC no afecta las condiciones de competencia en el sector de la educación y tampoco contiene elementos que lleven a la desaparición de la educación pública en ninguno de sus niveles. Las condiciones que contempla nuestra actual legislación en materia educativa se mantienen ya que el único requisito que va en contra de los compromisos de liberalización establecidos en las capítulos de servicios e inversión es el establecimiento de las instituciones de educación superior bajo un esquema de persona jurídica específica, el cual es preservado por el Estado hacía el futuro tal y como fue señalado anteriormente.

21. **Servicios profesionales.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos, en el TLC se aplican a los servicios profesionales las cláusulas de trato nacional, trato de nación más favorecida, acceso a mercados, no presencia local y transparencia, también constituyen para los servicios profesionales el riel sobre el cual debe rodar su liberalización total. Esto implica que se entregan nuestros mercados de servicios profesionales a extranjeros con la eliminación de las reglamentaciones profesionales. Adicionalmente, se afirma que en el TLC, EE.UU. no reconoce los títulos profesionales expedidos en Colombia.

Según Carolina Salazar de Cedetrabajo, Colombia renuncia a decidir sus asuntos educativos soberanamente ya que se profundiza la imposición de los contenidos académicos transfiriéndose la potestad de establecer los criterios para acreditar instituciones, definir los exámenes para la obtención de licencias de cualquier profesión, y las demás normas y criterios para obtener una licencia de proveedor de educación superior, a un Grupo de Trabajo Sobre Servicios Profesionales. Dice que cualquier iniciativa sobre la materia hecha por el Ministerio de Educación o cualquier Institución de Educación Superior se someterá a revisión de la Comisión para decidir si es consistente con las disposiciones del Acuerdo.

Por otro lado, Juan Alfredo Pinto de Acopi, resaltó el hecho de que se lograra consolidar, en el marco del Tratado, un Comité para flexibilizar en los Estados de la Unión Americana, el acceso de profesionales colombianos. El Comité trabajará sobre la homologación de títulos y acreditación de experiencias así como sobre la remoción de barreras impuestas en algunos Estados,

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En primer lugar es importante señalar que Colombia en ningún momento, una vez entre en vigencia el TLC, pierde la facultad de reglamentar sus diferentes sectores de servicios, incluidos los servicios profesionales. El Tratado establece una serie de disciplinas que las partes se comprometen a acatar durante la vigencia del mismo, pero no implica que renuncien a su facultad de regular sus servicios de acuerdo con las necesidades particulares.

En los acuerdos comerciales que incluyen capítulo de servicios, bien sea que se negocien de manera bilateral o multilateral, nunca se hace reconocimiento automático de títulos profesionales entre las partes. Ese proceso de reconocimiento se da mediante cláusulas contempladas en los acuerdos que permite que las partes inicien los contactos correspondientes para adelantar esos procedimientos.

Con la negociación del TLC en materia de educación, los ponentes nos permitimos aclarar que las partes del Tratado, no adquirieron la obligación de reconocer títulos profesionales, experiencia obtenida, licencias y otros certificados de los ciudadanos de la otra parte. La posibilidad de establecer el reconocimiento o definir los requisitos y procedimientos para concederlos, es una decisión discrecional de cada Estado y así quedó establecido en el artículo 11.9.2 del TLC. Adicionalmente, en ningún momento el país renuncia a determinar sus estándares de calidad en la materia ni al establecimiento de los diferentes contenidos académicos que considere relevantes para la formación de sus profesionales.

La prestación de los servicios profesionales siempre fue identificada por el sector privado del país como de carácter ofensivo durante la negociación ya que, en general, nuestra legislación en la materia es bastante abierta y permite el ejercicio profesional a extranjeros que cumplen con los procedimientos establecidos por ley, los cuales no son demasiado restrictivos u onerosos. Adicionalmente, a través del TLC se abre una gran oportunidad para nuestros profesionales a través de la prestación de servicios de manera transfronteriza, es decir, sin implicar desplazamiento físico de estos.

En el caso del desplazamiento de nuestros profesionales para prestar sus servicios en los Estados Unidos, Colombia insistió en la necesidad de conformar un Grupo de Trabajo sobre Servicios Profesionales que trabajará sobre estándares para el licenciamiento y certificación de proveedores de esos servicios. Este Grupo de Trabajo abre la posibilidad de iniciar actividades entre los consejos profesionales de las partes para acordar cuáles son los estándares mínimos de calidad requeridos para avanzar en la elaboración de acuerdos de reconocimiento y en el licenciamiento temporal.

De acuerdo con los intereses de nuestro sector privado, el Grupo de trabajo dará prioridad a los servicios de ingeniería y arquitectura. Inicialmente, se trabajará en el establecimiento de un programa para el otorgamiento de licencias temporales para ingenieros. Es de destacar que el funcionamiento y la operabilidad de ese Grupo de Trabajo depende en gran parte del interés e impulso que el sector privado le dé en el futuro.

22. **Solución de controversias.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según Rafael Humberto Barrera Gallón, Presidente de la Federación Colombiana de Colegios de Contadores Públicos EL TLC impone *“tribunales privados para la solución de diferencias, lo que irá en beneficio de los intereses transnacionales*”. Algo similar expresa Efraín Barbosa y Juan David Moreno de la Universidad Nacional.

Juan David Moreno de la Universidad Nacional critica el mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado, que nos somete a la justicia arbitral extranjera, en tanto que no hay un mecanismo Estado – Inversionista en la misma instancia. Cuestiona igualmente la posibilidad de que las decisiones judiciales colombianas sean puestas en tela de juicio por los tribunales de arbitramento;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En relación con los mecanismos de solución de controversias, los Ponentes consideramos que como se señaló en el punto 5 de este acápite de la ponencia (VI. Temas planteados en la audiencia pública), el arbitramento es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos plenamente ajustado a la Constitución, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, conforme a la cual:

“*En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no solo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo”*.

Y particularmente, respecto del mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado, los ponentes encontramos que el Estado no pierde soberanía al permitir el sometimiento de una reclamación a arbitraje internacional. Obligarse mediante tratados internacionales y cumplirlos, es una cuestión jurídica que hace mucho tiempo fue decidida en Derecho Internacional y que el Estado colombiano ha aceptado e incluido dentro de su ordenamiento jurídico interno. En 1923, en el caso del Wimbledon, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que “*la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la Soberanía*”.

Al respecto cabe señalar que la Corte Constitucional reconoció de manera expresa la exequibilidad de los procedimientos de arbitraje internacional, al analizar la constitucionalidad de la Convención de Washington de 1965 donde se crea el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias relativas a Inversión –CIADI- mediante la Sentencia C-422/96. En dicha Sentencia, la Corte estableció que:

“*El establecimiento de mecanismos alternativos dirigidos a la resolución de conflictos relativos a inversiones internacionales son coincidentes con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. La Constitución colombiana, al establecer que la paz es uno de los valores fundantes del orden jurídico-político y un derecho de obligatorio cumplimiento, promociona la viabilidad de aquellos mecanismos que contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos. La resolución de los conflictos que lleguen a presentarse por causa de las mencionadas inversiones puede ser mucho más eficiente y rápida y la decisión adoptada mucho más justa y equitativa, que si fueran los tribunales nacionales, a través de las vías judiciales o administrativas internas, quienes resolvieran este tipo de conflictos”*.

Adicionalmente, la Corte señala en esta misma Sentencia, que las disposiciones del CIADI respecto del reconocimiento y la ejecución de un laudo en materia de inversión está acorde con la Constitución, pues no se vulnera la soberanía del Estado colombiano en lo que a la administración de justicia se refiere, ni interfiere con las competencias de los órganos judiciales o administrativos:

"*El segundo aspecto de interés que es necesario analizar tiene que ver con el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Sobre este punto, la Corporación encuentra que las normas de la Convención de Washington no son contrarias a la Constitución ni interfieren las competencias de los órganos judiciales o administrativos de Colombia. En efecto, el Tratado establece, por una parte, que el procedimiento de ejecución del laudo se efectuará de conformidad con las normas vigentes sobre ejecución de sentencias en el territorio donde se pretenda el cumplimiento del laudo*".

Volviendo a la idea de la Corte Permanente de Justicia Internacional según el caso Wimbledon en 1923, se tiene que con un tratado internacional, como el TLC, no se pierde soberanía sino que por el contrario, se ejerce al adquirir derechos y obligaciones. Enfatizamos por tanto, que en materia de resolución de controversias el capítulo de inversión del TLC busca ofrecer alternativas jurídicas de solución a las diferencias entre un inversionista y el Estado. Estas alternativas ya existen en otros tratados acordados por Colombia, como se ha explicado anteriormente. Puntualmente, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca con Perú, el G-3 con México y Venezuela (vigente únicamente con México) y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI–, todos ratificados por Colombia, permiten que inversionistas extranjeros acudan ante tribunales internacionales. Se recalca que todos los anteriores instrumentos citados han sido declarados constitucionales por la Corte Constitucional de Colombia que ha recalcado la consistencia que los mecanismos alternativos de resolución de controversias, como el arbitraje internacional, tienen con nuestra Carta Política.

Por tal razón, consideramos que la crítica del interviniente sobre esta materia respecto a la violación de la administración de justicia como función del Estado, carece de fundamento pues como lo reconoció expresamente la Corte Constitucional, Colombia no cede en ningún momento su soberanía, sino que por el contrario se consolidan los objetivos constitucionales de solución pacífica de controversias y acceso a la justicia, al impulsar soluciones expeditas y eficientes a las controversias con el Estado.

23. **Telecomunicaciones y Comercio Electrónico.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según Román Tirado Ariza de la Universidad Libre, "*mientras nosotros debemos facilitarles el acceso a nuestras redes básicas de comunicación, ellos no facilitan el alcance a la nueva tecnología que poseen*" y afirma que lo único bueno del capítulo es el mejoramiento del servicio ofrecido, debido a la gran competencia que se presentará.

Según Jinnier David Ortiz, el capítulo de comercio electrónico del TLC resulta bastante "*conveniente para ambas naciones, en el caso de Estados Unidos, los productos digitales que producen sus empresas de informática, entrarán al mercado colombiano con mínimas restricciones aduanales (sic) y para Colombia los programas de última tecnología serán más asequibles a toda la población en general, generando así un adelanto tecnológico importante en nuestro país, y con la autenticación de documentos digitales se agiliza y se mejora le prestación de servicios de las entidades públicas y se la transmisión de documentos tanto públicos como privados*";

b) *Consideraciones de los ponentes.*

Los ponentes consideramos que en el capítulo de telecomunicaciones se logró un balance adecuado entre, por un lado, la liberalización de un sector en el cual la competencia es fundamental para la competitividad del país y el mejoramiento de la prestación del servicio y, por otro lado, la necesidad de prestar el servicio de telefonía en ciertos lugares en los cuales debe primar un criterio social.

En primer lugar, cabe mencionar que el tema de la privatización de empresas públicas quedó excluido de la negociación. Se preserva la potestad colombiana de conservar las empresas de telecomunicaciones de propiedad estatal. De igual manera, el país seguirá definiendo autónomamente las obligaciones de servicio universal impuestas a los operadores y no hay cambios al esquema de financiación actual mediante el Fondo de Comunicaciones.

En cuanto a telefonía rural, a los prestadores de servicios en zonas rurales con 4.500 o menos líneas fijas, no les son exigibles las obligaciones que sí aplican para los operadores dominantes de telecomunicaciones, así como las obligaciones de reventa, paridad y portabilidad, de los operadores no dominantes. Esto significa que la operación en centros rurales con necesidades básicas insatisfechas no le aplican los principios regulatorios que buscan mayores niveles de competencia, pero que podrían desestimular la inversión en estas zonas. La excepción cobija operaciones equivalentes al 9,15% de las líneas fijas instaladas y excluye el 89,26% de los municipios.

Es destacable que, por primera vez en un TLC, EE.UU. aceptó la aplicación a los operadores de servicios móviles de las disposiciones sobre salvaguardias competitivas, propias de los prestadores dominantes de telecomunicaciones. Sin perjuicio de las facultades del Estado para regular los servicios comerciales móviles, que quedaron incólumes, estos operadores no podrán otorgar subsidios cruzados o usar información obtenida de sus competidores con fines anticompetitivos.

En cuanto a servicios de información, respetando la autonomía de cada país para clasificar ciertas actividades como tales, se garantiza que estos, mayormente asociados a contenidos, puedan ser suministrados a terceros, utilizando instalaciones propias o no, sin sujeción a ciertas condiciones exclusivas de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

De igual manera, tanto los operadores, como empresas pueden acceder a la infraestructura de los operadores de telecomunicaciones para la comercialización de sus servicios. Esto no significa poder prestar servicios de telecomunicaciones sin autorización estatal, ni impide que los operadores reciban una remuneración razonable por el uso de la infraestructura.

Se garantiza además la presencia comercial para prestar servicios públicos de telecomunicaciones en Colombia y un trato equitativo en cargas regulatorias y aportes al Fondo de Comunicaciones.

En cuanto al capítulo de comercio electrónico, los ponentes consideramos que es bueno que se aborde la materia en el TLC de cara a futuros avances en la materia. Sin embargo, instamos al Gobierno Nacional a que empiece a promover el comercio electrónico en Colombia, un tema que ha sido olvidado pero que tiene el potencial de abrir grandes oportunidades de negocios en el país.

24. **Asuntos laborales.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Según Rodolfo Ramírez de la Universidad Libre, el TLC, gracias a la existencia del capítulo laboral, promoverá el respeto de los derechos de los trabajadores por parte de las empresas colombianas;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

El capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos (contenido en el Capítulo XVII del texto del Acuerdo) hace expresa referencia en su numeral 17.1, a que las partes reafirman los compromisos asumidos en virtud de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998).*

En virtud de dicha Declaración, todos los miembros de la OIT, por el solo hecho de serlo e independientemente de que hubieran ratificado los convenios específicamente referidos a los principios sobre los derechos fundamentales del trabajo, están obligados a respetar, promover y hacer realidad los siguientes derechos:

'a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

'b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

'c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y

'd) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Las características anotadas sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, unidas a que los Convenios que los desarrollan versan sobre materias concernientes al reconocimiento de derechos humanos, hacen que dicha mención en el tratado sea compatible con derechos constitucionales protegidos por la Carta (C. P., artículo 93).

En forma concordante con lo anterior, numeral 17.2 establece que ninguna de las partes dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio, constituyendo ello una expresa prohibición al denominado *dumping* social, además de una garantía adicional para los trabajadores colombianos, del respeto por las disposiciones normativas laborales aplicables en Colombia (de origen nacional o internacional).

Los anteriores compromisos no implican ni mucho menos que el Estado colombiano haya renunciado a su soberanía legislativa en materia laboral, la cual queda también expresamente reconocida en el tratado, sino que implica la reafirmación de la voluntad de las partes para cumplir los estándares internacionales del trabajo contenidos en los Convenios de la OIT.

De otro lado el numeral 17.3 establece una obligación recíproca de garantía de acceso a los tribunales (o sus equivalentes, dependiendo de las legislaciones internas), en condiciones de debido proceso, y en términos razonables tanto de tiempo como de costos.

A nivel de política laboral, el Tratado contempla un Consejo de Asuntos Laborales al más alto nivel (Ministros o sus delegados) encargado de reunirse cada vez que se considere necesario, y con el objeto de revisar los aspectos laborales derivados de la aplicación del tratado. Las sesiones de dicho Consejo tienen como regla general la participación ciudadana y cada país podrá tener una comisión consultiva integrada por los representantes de los actores sociales, en este caso las Organizaciones de Trabajadores y de Empleadores.

Empero, el Capítulo laboral del tratado no se queda en lo normativo, también contempla un esquema de cooperación binacional técnico con el objeto de promover los principios fundamentales en el trabajo y su cumplimiento y un sistema de consultas, igualmente binacionales y previas, antes de desatar cualquier controversia derivada del cumplimiento del capítulo laboral del tratado.

Finalmente, el anexo al capítulo describe en detalle el contenido del programa de cooperación técnica en materia laboral, el cual establece como prioridad, además de la promoción y el respeto a los ya mencionados principios y derechos fundamentales en el trabajo, los siguientes aspectos:

• Fortalecimiento de los sistemas de inspección y administración del trabajo: Aspectos estos que constituyen una necesidad sentida del sistema laboral colombiano, y respecto de los cuales el Ministerio de la Protección Social, en la Comisión de Concertación de Políticas Laborales, ya tiene una propuesta de modernización. En otras palabras, el programa de cooperación técnica en lo que tiene que ver con este aspecto, supone un avance positivo en la aplicación efectiva de la amplia legislación laboral ya existente.

• Aunado a lo anterior, el programa de cooperación técnica incluye temas de especial importancia como mejoramiento de los sistemas de información y estadística, seguridad y salud en el trabajo, buenas prácticas laborales, intercambio de tecnología, etc.

En conclusión, el Capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos cumple, en forma suficiente y adecuada, todo el espectro de las relaciones laborales, con una óptica moderna y respetuosa tanto de la soberanía de cada país como del sistema internacionalmente aceptado de estándares laborales, como lo es la estructura normativa de la Organización Internacional del Trabajo.

Adicionalmente, el capítulo otorga especial consideración a la cooperación técnica laboral en lo que tiene que ver con los sistemas de inspección y administración del trabajo, respecto de los cuales los actores sociales han identificado la necesidad de modernizarlos y adaptarlos a las nuevas realidades sociales y económicas de las relaciones laborales en Colombia.

Sin embargo, la dinámica de la discusión política en los Congresos de Estados Unidos y Colombia conlleva a que estos temas laborales deban abordarse, teniendo en cuenta los planteamientos que puedan surgir en los debates para su adopción definitiva.

25. **Otros temas.**

a) *Intervenciones en la audiencia pública sobre el TLC.*

Antonio Cortés Camacho, de la Asociación Nacional de Técnicos Constructores, pide que se estudie el impacto del TLC en empresas cementeras como grupo Holcim (Cementos Boyacá), CEMEX de Colombia (Cementos Diamante y Samper), grupo Argos (Cementos Uno A), además qué pasará con los proyectos de vivienda popular y la vivienda de interés social y con la construcción de los corredores viales. Afirma que de verse afectadas las empresas cementeras el impacto se trasladaría a los constructores;

b) *Consideraciones de los ponentes.*

En la negociación de cementos se logró la mayor asimetría que permitía el Acuerdo. En este sentido, los cementos exportados por Colombia tendrán acceso inmediato al mercado de EE.UU. una vez entre en vigencia el Acuerdo, mientras que la producción nacional se desgravará en el plazo más largo previsto (10 años), a excepción del cemento aluminoso, que tendrá desgravación automática dada su condición de no producido.

Los ponentes consideramos que si bien esta industria quedó protegida por un período largo de desgravación, una mayor competencia tendrá en el futuro el efecto de una reducción en el costo de los insumos para la construcción y, por ende, un impulso importante a este sector. Por tal motivo, el TLC no será de ninguna manera lesivo para los técnicos constructores.

VII. **AGENDA INTERNA Y PLAN DE DESARROLLO**

El Gobierno ha manifestado, en múltiples ocasiones, que la política de inserción activa en la economía globalizada va aparejada con las políticas orientadas a mejorar en la competitividad de la economía. Tal principio quedó recogido en el más reciente documento sobre la política de competitividad:

"*La competitividad de una nación se define como el grado en el que un país puede producir bienes y servicios capaces de competir exitosamente en mercados globalizados y a la vez mejorar las condiciones de ingreso y calidad de vida de su población. La competitividad es el resultado de la interacción de múltiples factores relacionados con las condiciones que enfrenta la actividad empresarial y que condicionan su desempeño, tales como infraestructura, recursos humanos, ciencia y tecnología, instituciones, entorno macroeconómico, y productividad*"[49].

Antes de examinar cómo se ha integrado ese principio en el Plan de Desarrollo que actualmente cursa en el Congreso, los ponentes consideramos conveniente revisar la evolución reciente de las acciones del Gobierno en las políticas de productividad y competitividad, pues es claro que ellas adquieren una importancia crucial en la economía globalizada y se debe trabajar en la construcción de ellas como políticas de Estado.

1. **Las políticas de productividad y competitividad.**

Es importante tener en cuenta que el país no está arrancando de cero en materia de competitividad. En la administración Pastrana se formuló el Plan Estratégico Exportador 1999–2009. En desarrollo del Plan, y tomando como referencia el esquema analítico del Foro Económico Mundial (FEM)[50], el Gobierno puso en marcha en 1999 la Política Nacional de Productividad y Competitividad, con la coordinación del Ministerio de Comercio Exterior. Esta política buscó la participación conjunta de gobierno, sector privado y academia para corregir los problemas de la competitividad del país en tres frentes: Transversal –abordado en 10 redes relacionadas con los factores de competitividad de la metodología del FEM–; Sectorial –mediante convenios de competitividad en las cadenas de bienes y servicios–; y Regional –con la creación de los Comités Asesores Regionales de Comercio Exterior (CARCES), cuyo propósito era definir la oferta exportadora de cada región e identificar los principales obstáculos para su competitividad–.

A mediados de 2004, ya iniciada la negociación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el Gobierno resolvió hacer ajustes en la política de competitividad que se venía desarrollando; ellos quedaron plasmados en la Agenda Interna de Productividad y Competitividad que sería coordinada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP)[51]. La construcción de la Agenda se planteó desde abajo hacia arriba, partiendo de procesos de concertación de las regiones y de los sectores productivos y no desde el Gobierno central; parte vital del proceso fue la participación conjunta del sector productivo, las organizaciones solidarias, los trabajadores, los actores políticos, la academia y los diferentes niveles del Gobierno.

En la Agenda Interna se plantearon tres dimensiones de trabajo: la transversal, la sectorial y la regional. Se partió de un enfoque similar al de la Política Nacional de Productividad y Competitividad, buscando superar los cuellos de botella que se habían detectado: limitada injerencia del Ministerio de Comercio Exterior sobre las políticas que afectan la competitividad, dificultades de coordinación interinstitucional, insuficiente participación del sector privado, y debilidades en las actividades de seguimiento y evaluación de las políticas[52] .

La dimensión regional se enriqueció con el concepto de "*apuestas productivas*". A cada departamento se le planteó un ejercicio de concertación para definir aquellas actividades de la producción de bienes y servicios en las que cuenta con ventajas competitivas (por calidad de los suelos, climas, provisión regional de materias primas, formación de capital humano, infraestructura, cercanía a los grandes centros de consumo o a los puertos, etc.); para las actividades o "apuestas productivas" seleccionadas, se debían identificar las acciones a seguir con el fin de aprovecharlas y hacer real su potencial de generación de valor agregado, empleo e inversión en cada región.

El interés en el TLC avivó la discusión en las regiones sobre las apuestas productivas y la necesidad de avanzar en la competitividad de cada departa-

---

49 Documento Conpes 3439 "Institucionalidad y principios rectores de política para la competitividad y productividad"; Bogotá, D. C., 14 de agosto de 2006. Página 1.

50 Este organismo diseñó una metodología para medir la competitividad de los países y publica anualmente los resultados de la clasificación internacional de más de 120 países en *Global Competitiveness Report*.

51 Documento Conpes 3297 "Agenda interna para la productividad y la competitividad: Metodología". Bogotá, D. C., 26 de julio de 2004.

52 Documento Conpes 3439; obra citada, páginas 26 y 27.

mento. En general, de acuerdo con el DNP, los departamentos definieron sus apuestas productivas con los siguientes criterios:

"a) el impacto que cada uno de los sectores productivos analizados produce hoy en el PIB regional y en el valor agregado industrial;

b) El empleo actual y el potencial para la generación de nuevos empleos;

c) La viabilidad o factibilidad de las apuestas productivas;

d) El impacto social;

e) La articulación con otros proyectos;

f) El impacto sobre el territorio y la posibilidad de llegar a todo el departamento;

g) La sostenibilidad ambiental;

h) El potencial exportador y su nivel de competitividad"[53] .

Durante el proceso de construcción de la Agenda Interna, el Gobierno tomó la decisión de integrarla con la propuesta de *Visión Colombia II Centenario 2019*, que pretende estimular el debate sobre el país deseado y posible en el largo plazo. De esta forma, las políticas de competitividad entran como parte de los planes y proyectos que harán alcanzable un mayor desarrollo socioeconómico del país.

Los resultados del trabajo de construcción de la Agenda Interna en las tres dimensiones ya se tienen consolidados en el DNP y, por iniciativa del Congreso y de la Alta Consejería para la Competitividad, las agendas regionales se presentaron a los departamentos en foros realizados en los meses finales de 2006. De forma complementaria, el DNP ha comenzado la publicación de los documentos de Agenda Interna para las dimensiones regional y sectorial[54] .

El Gobierno consideró convenientes algunos ajustes en la política de competitividad, especialmente en la necesidad de contar con unas metas concretas y de establecer un arreglo institucional que haga viable el logro de tales metas. En agosto de 2006 fue aprobado el Documento Conpes 3439, que fijó dos metas a la política de productividad y competitividad: aumentar la productividad y mejorar la calificación global de competitividad; en esta última materia se espera que Colombia se posicione como el segundo país más competitivo de la región y que avance al menos diez puestos en la clasificación mundial[55].

En el aspecto institucional, el Conpes recomendó la creación del Sistema Administrativo Nacional de Competitividad (SNC) para integrar "*formal y coherentemente los esfuerzos de las instituciones relacionadas con la formulación, ejecución y seguimiento de las políticas que afectan la competitividad del país*". También recomendó la creación de la Comisión Nacional de Competitividad (CNC) como máxima autoridad nacional de competitividad y coordinadora del SNC.

El Decreto 2828 del 23 de agosto de 2006 acogió las propuestas aprobadas en el Conpes y estableció que la CNC "*será el órgano asesor del Gobierno Nacional y de concertación entre este, las entidades territoriales y la sociedad civil en temas relacionados con la productividad y competitividad del país y de sus regiones, con el fin de promover el desarrollo económico y mejorar el nivel de vida de la población*" (artículo 5°).

La CNC tendrá la dirección del Presidente de la República, la coordinación general del Alto Consejero Presidencial para la Competitividad y la Productividad, la secretaría técnica del DNP, y la participación de ministros del despacho y representantes de otros entes del Gobierno Nacional y regional, del sector privado, la academia y los trabajadores.

Los debates sobre competitividad y el proceso de construcción de la Agenda Interna han permitido la identificación de siete líneas de acción que son prioritarias en el objetivo de mejorar la competitividad de la economía en el entorno de globalización:

1. Desarrollo empresarial.
2. Desarrollo agropecuario.
3. Ahorro, inversión y financiamiento.
4. Capital físico.
5. Desarrollo tecnológico.
6. Capital humano, y
7. Instituciones y políticas.

Para el logro de las metas definidas en el Documento Conpes 3439, las políticas de competitividad deben transformarse en políticas de Estado –de forma que trasciendan las iniciativas de gobiernos particulares–, y asegurar el cumplimiento de las metas e iniciativas propuestas para cada una de las siete líneas de acción mencionadas. Este propósito ha sido formulado en las *Bases del Plan de Desarrollo 2006-2010 Estado Comunitario: Desarrollo para todos*, cuyo proyecto de ley hace curso en el Congreso.

El Capítulo IV del Plan de Desarrollo ("Crecimiento alto y sostenido") trata con amplitud las propuestas de la política de productividad y competitividad, teniendo como referencia la economía globalizada y la política de inserción activa que adelanta el Gobierno. Así queda enunciado, por ejemplo, en la introducción a la sección de Desarrollo empresarial:

"El crecimiento económico de los países se fundamenta en su capacidad para generar riqueza a través del mejoramiento continuo de la productividad y la incorporación de innovaciones y desarrollos tecnológicos en las empresas y su entorno, convirtiendo el desarrollo empresarial en el motor del progreso.

Este objetivo implica un esfuerzo sistemático por aprovechar las ventajas comparativas de que disponemos mediante una creciente inserción competitiva en los mercados internacionales y una competencia eficiente en el mercado local, mejorando las condiciones productivas existentes en sectores estratégicos regionales. Por otra parte, se exige una transformación de la estructura productiva del país mediante la formación de ventajas competitivas y la creación de capacidades en las empresas que les permitan incursionar en nuevos mercados y defender los existentes"[56] .

2. **La Agenda Interna en el Plan de Desarrollo.**

Tal como se mencionó, una de las novedades de la Agenda Interna fue su proceso de construcción desde abajo hacia arriba. Esto significa que la participación efectiva de los múltiples agentes de las regiones y de las cadenas productivas enriqueció el debate. De igual forma, fue muy amplia y diversificada la cantidad de propuestas y el listado de problemas que aquejan la productividad y competitividad tanto sectorial como regional. El resultado de ese proceso en el plano regional fue la selección de 360 apuestas productivas y 4.500 acciones necesarias para mejorar los estándares de competitividad de los departamentos y de las cadenas productivas. Esa amplitud y diversidad son una consecuencia natural del proceso mismo de construcción de la Agenda Interna; las decisiones centralizadas podrían haber tenido mayor enfoque y unidad, pero quizás a costa de desconocer las realidades regionales y sectoriales.

El Departamento Nacional de Planeación y la Alta Consejería para la Competitividad han dejado documentada la amplitud del debate y la cantidad de foros de trabajo y difusión que generó la construcción de la Agenda Interna tanto en materia sectorial como regional.

Pero pasada esa etapa, es necesario avanzar en la implementación que repercuta en la mejora de la competitividad del país en el contexto internacional[57]. Aquí es preciso señalar que el trabajo tiene dos dimensiones. Una relacionada con lo que las regiones y los empresarios deben asumir como sus responsabilidades y otra lo que el Gobierno Nacional debe desarrollar como políticas y programas de inversión para coadyuvar en ese propósito.

En el proceso de construcción de la Agenda Interna, los actores regionales y sectoriales propusieron un conjunto amplio de acciones, asociadas a la solución de inconvenientes en aspectos específicos de la productividad y la competitividad. Esas acciones fueron agrupadas con el fin de permitir un mayor grado de agregación según el énfasis temático. Esta categorización responde exclusivamente a competencias institucionales, con el objetivo de concebir grandes líneas de acción susceptibles de ser afectadas de manera integral y coherente con formulaciones de política pública. En los documentos publicados de Agenda Interna de cadenas productivas y de departamentos se presentan las acciones clasificadas en seis grupos: desarrollo empresarial y competitividad; desarrollo tecnológico; formación de capital humano; administración pública; infraestructura; inversión y financiamiento[58]. De igual forma, se determinó que no todas las acciones requieren una ejecución en el corto plazo, así como

---

53 DNP "Agenda Interna para la Productividad y la Competitividad: Documento regional Antioquia". Bogotá, D. C., octubre de 2006. Página 11.

54 En la página de Internet del DNP (www.dnp.gov.co) están publicados los documentos de los siguientes departamentos: Valle del Cauca, Antioquia, Boyacá, Cesar, Córdoba, Sucre, Bolívar, Atlántico, Cauca y Chocó. Para las cadenas productivas, se han publicado los siguientes documentos: Artesanal; Cuero, calzado, manufacturas y marroquinería; Energía; Farmacéutica y medicamentos; Forestal, madera y muebles; Metales, piedras preciosas, joyería y bisutería; Transporte y logística; Oleaginosas, aceites y grasas; Pulpa, papel e industria gráfica; y Turismo.

55 Documento Conpes 3439; obra citada.

56 Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2006) *Bases del Plan de Desarrollo 2006–2010 Estado Comunitario: Desarrollo para todos*. Bogotá, D. C., DNP. Página 277.

57 Conviene insistir en que las políticas de productividad y competitividad vienen implementándose de tiempo atrás y que el gobierno ha adoptado diversas medidas en consonancia con ellas. Basta señalar, a manera de ejemplo, la reforma a la ley de zonas francas, el establecimiento de los contratos de estabilidad jurídica y la implementación de la Ventana Unica de Comercio Exterior.

58 En los documentos publicados en la página de internet del DNP están detalladas las acciones incluidas en cada una de las seis agrupaciones.

el desarrollo mismo de las políticas de productividad y competitividad no se extingue después de realizadas las propuestas que se deriven de la Agenda Interna; por eso, desde un comienzo se previó que las medidas que se adopten pueden ajustarse a los cronogramas previstos en el TLC y la Visión Colombia II Centenario 2019 propone la conversión de las políticas de productividad y competitividad como políticas de Estado.

Los resultados del amplio trabajo realizado en la construcción de la Agenda Interna fueron incorporados en varios capítulos de las *Bases del Plan de Desarrollo 2006-2010 Estado Comunitario: Desarrollo para todos*, con una clasificación muy similar y en los términos en que lo señala el Departamento Nacional de Planeación en documento recientemente entregado al Congreso:

"1. Con base en las propuestas recopiladas por la Agenda Interna en reuniones, talleres y foros regionales y sectoriales, se definieron las líneas de acción prioritarias de tipo transversal en materia de competitividad. Luego de un proceso de validación, estas líneas de acción fueron incorporadas a la estrategia de 'Desarrollo Productivo', presentada en el Capítulo IV. 'Crecimiento Alto y Sostenido: la condición para un desarrollo con equidad', numeral 4.2.1 del PND. Estas líneas de acción son: Desarrollo empresarial, innovación y desarrollo tecnológico; Ahorro, inversión y financiamiento; Capital físico; Capital humano; Instituciones para el desarrollo productivo; Desarrollo agropecuario".

"2. De acuerdo con lo consignado en el numeral 4.2.6 'Programas sectoriales de alto impacto: Apuestas Productivas', durante el período 2006-2010 el Gobierno Nacional orientará sus esfuerzos a fomentar el desarrollo de sectores estratégicos, de acuerdo con las metas que se establezcan y un esquema de seguimiento y desempeño.

"3. Si bien, en el capítulo cuatro del Plan Nacional de Desarrollo se definió una estrategia de Desarrollo Productivo que contempla gran parte de las Acciones y Apuestas Productivas identificadas en la Agenda Interna, dado el carácter transversal del concepto 'Competitividad', muchas otras propuestas regionales y sectoriales de la Agenda Interna se incorporaron en los demás capítulos del PND, principalmente en las estrategias de: accesibilidad territorial, universalización de los servicios de energía eléctrica, transporte urbano, seguridad física, fortalecimiento institucional de los entes territoriales y gestión ambiental" [59].

En los capítulos señalados del Plan de Desarrollo están formuladas las estrategias de productividad y competitividad con amplio detalle. Así, por ejemplo, en la sección de Desarrollo empresarial, innovación y desarrollo tecnológico se enfatiza en la política de inserción activa en la economía globalizada mediante la negociación de otros acuerdos comerciales; también se proponen avances en los programas de asociatividad de Mipymes con grandes empresas, la consolidación de la oferta turística, la implementación de la Política Nacional de la Calidad, el fomento de la innovación y el desarrollo productivo, entre otras.

Consideramos los ponentes que esos contenidos del Plan de Desarrollo incorporan los componentes de la Agenda Interna y constituyen un paso adelante en esa construcción participativa de la productividad y la competitividad del país. De importancia vital para el país, en el marco del proyecto de ley de aprobación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, es la posibilidad real de ejecución de las acciones propuestas, por lo cual es necesario conocer el componente financiero del Plan de Desarrollo y muy especialmente su orientación a las regiones del país.

El Plan Nacional de Inversiones (PNI) contenido en el Plan de Desarrollo que cursa en el Congreso asciende a un monto de $229 billones, que será financiado en un 35% por el Presupuesto General de la Nación, el 32% con recursos del SGP, el 25% con recursos del sector privado y 8% por empresas.

El 57% del PNI está orientado a programas de reducción de la pobreza y promoción de la equidad (aumento de las coberturas en educación y salud, banda de las oportunidades, red de protección para la superación de la pobreza extrema –programa JUNTOS–, ciudades amables, entre otros) y el 30.4% a sostenibilidad del crecimiento, tema que contiene las inversiones relacionadas con las políticas de productividad y competitividad.

A petición del Congreso, el Departamento Nacional de Planeación realizó un ejercicio de regionalización del PNI tanto en todos sus componentes, y especialmente en el de sostenibilidad del crecimiento económico, que, como ya se indicó, está relacionado con las apuestas productivas de los departamentos. El ejercicio mostró que el 76.1% de los recursos del PNI se pudo diferenciar en seis regiones: Centro Oriente, Costa Atlántica, Occidente, Orinoquia, Amazonía y Bogotá[60].

Los criterios seguidos por el DNP para la regionalización del PNI se ciñen a la legislación vigente:

"La regionalización constituye un insumo fundamental para la discusión y trámite de la Ley del Plan ante el Congreso y busca mejorar la equidad regional. El ejercicio de regionalización se realiza con fundamento a lo establecido por el literal e) del artículo 3° de la Ley 152 que dice: '…se deberá tener como criterio especial en la distribución territorial de gasto público el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población y la eficiencia fiscal y administrativa'.

Así mismo, en consonancia con lo señalado anteriormente el artículo 93 del proyecto de ley 'por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010' propone que en la asignación de los recursos del presupuesto de inversión se tenga en cuenta, además del esfuerzo fiscal, la menor renta por habitante respecto del promedio nacional"[61] .

En el cuadro siguiente se muestran los recursos del PNI asignados a cada región en el Plan de Desarrollo. Se observa que las regiones Centro Oriente, Occidente y Costa Atlántica participan cada una con el 20% en promedio del PNI total; los nuevos departamentos (Orinoquia + Amazonia) con el 9.4% y Bogotá con el 6.7%. La diferencia corresponde a los recursos no regionalizables.

En el documento "Regionalización Plan de Inversiones 2007-2010", entregado por el DNP al Congreso, aparece el detalle de la distribución de los recursos en cada componente del Plan de Desarrollo por región y por departamento, así como su relación con las apuestas productivas de cada departamento.

Distribución regional del Plan Nacional de Inversiones por fuente
(Millones de pesos de 2006)

REGIÓN/FUENTE	Central	Descentra.	Privado	SGP	Total
CENTRO ORIENTE	12.412.946	9.428.805	4.492.521	17.850.597	44.184.869
COSTA ATLÁNTICA	13.328.288	1.567.817	13.525.278	16.901.279	45.322.663
OCCIDENTE	16.617.631	1.067.585	5.435.470	25.237.658	48.358.344
ORINOQUIA	4.390.204	5.412.477	2.004.868	3.831.729	15.639.278
AMAZONIA	3.016.844	526.866	178.808	2.165.635	5.888.154
BOGOTÁ	5.220.963	753.657	2.723.268	6.628.328	15.326.217
REGIONALIZADO	**54.986.876**	**18.757.207**	**28.360.214**	**72.615.227**	**174.719.525**
NO REGIONALIZABLE	**24.203.239**	**213.811**	**30.570.681**	**0**	**54.987.731**
TOTAL	**79.190.116**	**18.971.017**	**58.930.895**	**72.615.227**	**229.707.255**

En nuestra opinión, la incorporación de muchos elementos de la Agenda Interna al Plan de Desarrollo muestra la coherencia de las políticas, aun cuando es previsible que aún sean necesarios diversos afinamientos. Como lo han manifestado algunos honorables Congresistas, hay regiones que no ven plenamente reflejadas sus aspiraciones en el Plan Nacional de Inversiones; sabemos que este es un proceso dinámico y sugerimos que el Gobierno esté atento a realizar los ajustes que sean convenientes, no sólo para mantener los principios de equidad en el gasto regional sino para evitar el desmedro de departamentos que se rezaguen por la carencia de recursos o errores en la percepción de la importancia que puede tener determinado tipo de proyectos regionales.

VIII. **PROPUESTAS CONSIDERADAS POR LAS COMISIONES Y RAZONES PARA SU RECHAZO (artículo 175, Ley 5ª de 1992)**

Para el primer debate del proyecto de ley aprobatoria del TLC entre Colombia y los EE.UU., fueron presentadas siete ponencias a consideración de las Comisiones Segundas conjuntas. Todas ellas fueron presentadas por sus respectivos autores ante el pleno de la comisión la cual tomó la decisión de aprobar la ponencia mayoritaria que proponía darle primer debate al proyecto en mención.

Los Congresistas ponentes, miembros del Partido Liberal, propusieron, en tres ponencias diferentes, el archivo del proyecto de ley argumentando principalmente motivos de conveniencia. En el mismo sentido se pronunció el Senador Jesús Piñacué que se mostró contrario a la aprobación del TLC.

La Senadora Nancy Patricia Gutiérrez, presentó una ponencia que proponía darle primer debate al proyecto de Ley, pero en la exposición de motivos expresaba la opinión de que el Congreso de la República tenía la facultad de formular reservas y declaraciones interpretativas en los tratados comerciales de carácter bilateral. Por su parte la Senadora Alexandra Moreno Piraquive sostenía la misma tesis que la Senadora Gutiérrez Castañeda y ponía a consideración de las comisiones conjuntas un texto con 24 declaraciones interpretativas.

59 DNP "Regionalización Plan de Inversiones 2007-2010". Versión preliminar e indicativa. Bogotá, D. C., marzo de 2007. Página 21.

60 La región Centro Oriente comprende los departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Huila, Tolima, Norte de Santander y Santander. La región Costa Atlántica incluye Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, Sucre y San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En la región Occidente están Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Quindío, Nariño, Risaralda y Valle. En la región de Orinoquia se incluyen Arauca, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta, Vaupés y Vichada. Y en la región de Amazonía están Amazonas, Caquetá y Putumayo.

61 DNP "Regionalización Plan de Inversiones 2007-2010". Obra citada, página 7.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 171 de la Ley 5ª de 1992, y con las facultades de organización del debate otorgadas al Presidente de las Comisiones Conjuntas en el mismo Reglamento del Congreso, se sometió a votación la primera ponencia radicada, suscrita por el Senador Jesús Piñacué que proponía el archivo del proyecto. Dicha proposición fue negada por la mayoría de los miembros de las Comisiones. Posteriormente se sometió a votación la ponencia que fue suscrita por la mayoría de los ponentes, radicada en segunda instancia. La proposición de esta ponencia proponía darle primer debate al proyecto de ley y fue aprobada por ambas Comisiones y sirvió de base para la discusión en primer debate.

Como se ha expuesto a lo largo de esta ponencia, los abajo firmantes consideramos que el TLC es un instrumento benéfico para la economía nacional y promete contribuir de manera determinante al mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos. Reconocemos que existen puntos que pueden resultar controvertidos; sin embargo el balance general de la negociación arroja un resultado altamente favorable. Adicionalmente, los programas complementarios de apoyo al sector productivo nacional, tales como Agro ingreso seguro o la Agenda Interna, garantizan un aprovechamiento pleno de las oportunidades que se abren gracias al tratado y una protección para los eventuales efectos negativos en algunos sectores. Por tal razón y tras un amplio debate en el seno de la Comisión, la mayoría de los Senadores y Representantes decidieron apoyar este argumento y en consecuencia negar la proposición de archivo del Senador Piñacué y aprobar la segunda ponencia, que proponía darle primer debate al proyecto.

Esta ponencia fue acogida por sobre las radicadas posteriormente que proponían darle primer debate al proyecto por las siguientes razones:

La ponencia de la Senadora Nancy sostenía la tesis, no compartida por los miembros de la Comisión, de que el Congreso tenía la facultad de formular reservas y declaraciones interpretativas a un tratado bilateral de naturaleza comercial. Las razones por las cuales no fue acogida esta teoría se encuentran consignadas en el punto III.2 de esta ponencia. El mismo criterio se aplica para la ponencia de la Senadora Alexandra Moreno.

Sobre esta última cabe además hacer las siguientes reflexiones sobre el contenido de las declaraciones interpretativas formuladas por ella, que reiteran algunos de los puntos expuestos en esta ponencia:

Sobre el tema de medidas sanitarias y fitosanitarias, consideramos que el acuerdo logrado en el capítulo y su carta adjunta, garantiza de manera satisfactoria el acceso real de nuestros productos al mercado de los Estados Unidos, toda vez que establece un mecanismo expedito para solucionar cualquier controversia sobre la materia, en tanto que salvaguarda la soberanía de ambos países para adoptar medidas que protejan la salud de sus habitantes.

Cabe mencionar que el capítulo de medidas sanitarias y fitosanitarias consagrado en el TLC entre Colombia y los Estados Unidos no tiene antecedente en ningún otro tratado comercial firmado por ese país: en adición a lo logrado por Perú, CAFTA y Chile (el establecimiento de un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), Colombia logró acordar:

a) Un compromiso para que los asuntos MSF de las Partes se aborden de forma oportuna;

b) La posibilidad de elevar en cualquier momento –y sin tener que acudir al Comité- los asuntos MSF de Colombia a una instancia por fuera de las agencias técnicas con mayor jerarquía política (por ejemplo el USTR en el caso de EE.UU.), quien adquiere la obligación de buscar resolver el asunto;

c) Una obligación para que nuestras evaluaciones técnicas (datos y evidencias científicas) sean utilizadas por EE.UU. y, por lo tanto, faciliten y agilicen la admisibilidad de nuestra producción agropecuaria, y

d) Un compromiso para desarrollar el trabajo conjunto en materia de cooperación para lograr el acceso a mercados de productos agrícolas y alimentos procesados provenientes de Colombia.

En cuanto a la denominada cláusula de preferencia del TLC con Estados Unidos y su supuesto carácter no recíproco, se debe mencionar que esta no es otra cosa que el compromiso de Colombia de extender a Estados Unidos cualquier arancel aplicado que resulte más favorable a un producto agrícola resultante de acuerdos suscritos o profundizados por Colombia a partir del 27 de febrero del 2006. Su racionalidad económica se sustenta en el interés de mantener las preferencias negociadas y evitar su erosión en futuras negociaciones, como puede ocurrir tanto en la teoría como en la práctica. En el caso particular de Colombia, la negociación de esta cláusula tiene que ver con el hecho, que de desde el primer día de entrada en vigencia del TLC, Colombia podrá exportar prácticamente el 99% del comercio agrícola a Estados Unidos.

La reciprocidad se verifica con un sencillo análisis. Colombia, al recibir concesiones reales y valiosas por la casi totalidad del comercio agropecuario actual y de manera permanente, se compromete con Estados Unidos a preservar lo acordado y a no erosionarlo con otras negociaciones comerciales. La cláusula de preferencia y las concesiones que Colombia recibe sustentan el comercio bilateral, de suerte que cada cual mantiene y preserva sus intereses en forma recíproca.

En cuanto a la constitucionalidad del TLC solo resta decir que la Ley aprobatoria del TLC con los Estados Unidos es de carácter ordinario y por tal motivo está subordinada a la Constitución Política de Colombia y en su aprobación intervienen todas las ramas del poder público nacional.

En cuanto al tema de un supuesto aumento de precios de los medicamentos debido a una mayor protección en propiedad intelectual, además de lo antes expuesto debe mencionarse que en el mercado farmacéutico existen diferentes factores que afectan el comportamiento de los precios tales como la presencia o no de competidores, la existencia de alternativas terapéuticas, así como por las estrategias de mercadeo, las políticas propias de las casas farmacéuticas y variables propias e inherentes a los prestadores de servicios de salud.

En apoyo de lo anterior, un reciente estudio de Fedesarrollo del año 2005 estableció que "*No es posible establecer una causalidad directa entre el régimen de protección y los precios de los medicamentos. Hay otras variables que tienen un mayor poder explicativo sobre los diferenciales de precios que se observan*".

De otra parte es importante aclarar que con o sin Acuerdo de Promoción Comercial los oferentes del mercado buscarán optimizar sus ganancias. Así, no se puede asegurar que a futuro no se presenten incrementos en los precios de los medicamentos. Aquello que sí podemos asegurar es que el Gobierno Nacional salvaguardó en la negociación las herramientas legislativas con las que cuenta con el fin de evitar abusos en los precios por parte de los laboratorios o comercializadores de medicamentos tales como el control de precios, las facultades de control de prácticas anticompetitivas y las licencias obligatorias.

Es importante resaltar que no se sacrificaron las medidas con las que cuenta nuestro país para enfrentar emergencias de salud pública:

En el Preámbulo del Acuerdo entre Colombia y Estados Unidos, se señala de manera expresa que las Partes están resueltas a preservar su capacidad de salvaguardar el bienestar público.

Así mismo, en los entendimientos entre las Partes sobre salud pública y productos regulados consignados en el capítulo de propiedad intelectual, se establece que las obligaciones allí contenidas no deberán afectar la capacidad de una de las Partes para adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública.

Por lo tanto, no sólo se establece en el Acuerdo que la salud pública es un bien superior, sino que se reconoce la capacidad de las Partes para adoptar medidas que permitan protegerla. Nuestro país preserva los instrumentos de flexibilidad existentes en defensa de la salud pública entre otros: el control de precios de medicamentos, importaciones paralelas y las licencias obligatorias.

De otra parte es importante aclarar que en la Ley de Promoción Comercial de los Estados Unidos conocida como TPA, que es aquella que autoriza al Ejecutivo de este país a entablar negociaciones comerciales, se incluye una disposición que requiere a los negociadores de los Estados Unidos respetar la Declaración de Doha y sus desarrollos.

Finalmente no hay elementos que permitan interpretar que en el Acuerdo con los Estados Unidos se limitarán las medidas con las que cuenta el Estado para conjurar emergencias de salud pública.

Los abajo firmantes consideramos, en consecuencia, que los compromisos consignados en el TLC no se constituyen en un incremento sustancial de los estándares de protección a la propiedad intelectual farmacéutica existentes actualmente en Colombia y por lo tanto no se espera que tengan ningún efecto en los precios o en la oferta de medicamentos en el país. Adicionalmente, se debe mencionar que el tratado es suficientemente claro en sus disposiciones. Por último, resaltamos que se preservan las facultades del Estado para adoptar medidas en defensa de la salud pública.

En cuanto a la biodiversidad y los recursos naturales, Colombia conserva plenamente su soberanía en materia de recursos naturales con el TLC. Este punto no tiene ninguna discusión, ni interpretación distinta a la luz del texto del Tratado.

En cuanto a la protección del conocimiento tradicional y la biodiversidad, es de destacar que, en el marco del TLC y por primera vez para el caso de Estados Unidos, las Partes reconocen la importancia de respetar y preservar los conocimientos y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, teniendo en cuenta el papel que dichos conocimientos tienen para la conservación de la biodiversidad, así como su contribución al desarrollo cultural, económico y social. Tal reconocimiento se encuentra plasmado tanto en el Entendimiento sobre Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales como en el Capítulo XVIII, artículo 10 del Tratado.

El artículo también reconoce la importancia de la participación del público en este tema, de acuerdo con lo previsto en la legislación de cada Parte, reconociendo así la existencia de mecanismos legales en Colombia en materia de consulta previa a las minorías étnicas en aquellos temas que puedan afectar sus derechos constitucionales, incluidos aquellos relacionados con la explotación de recursos naturales.

Por último, debe analizarse un tema que fue ampliamente debatido en primer debate y plasmado en una de las declaraciones interpretativas propuestas por la Senadora Moreno: la definición de territorio en el cual son aplicables las disposiciones del Tratado.

Al respecto debe mencionarse de manera enfática que el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Colombia y Estados Unidos ("TLC") - como su sigla lo indica, es un tratado de libre comercio, y en consecuencia, su objetivo es la promoción e intercambio comercial entre los dos países. El TLC NO es ni pretende ser un tratado de límites.

La definición de "territorio" –tal como lo establece el Anexo 1.3 del Capítulo de Disposiciones Iniciales del tratado– aplica exclusivamente para efectos del mismo. Es decir, esta se limita a establecer el espacio geográfico en el cual son exigibles las obligaciones y derechos derivados de este. En términos prácticos, la inclusión de esta definición permite a las Partes circunscribir la aplicación y exigibilidad del acuerdo con un territorio determinado, que bien puede incluir o excluir ciertos ámbitos del territorio sobre el cual las Partes ejercen soberanía de conformidad con su ley interna y con el derecho internacional público.

En este sentido, fue interés de Colombia no incluir el tema de la órbita geoestacionaria, con el objetivo de evitar la posibilidad de que el TLC cobijara temas relacionados con este concepto y que pudieren generar hacia el futuro obligaciones no previstas. Colombia –como cualquier otro Estado en el marco de un acuerdo comercial– quiso limitar el alcance de la definición de territorio incluida en el TLC.

Todo lo anterior significa que NO se generó ambigüedad o menoscabo alguno en este tema. La definición de "territorio" contenida en el TLC de ninguna manera modifica la definición general de territorio consagrada en el artículo 101 de la Constitución Política de Colombia.

Finalmente, cabe resaltar que existen otros acuerdos suscritos por Colombia, en los que no se ha incluido el tema de la órbita geoestacionaria en la definición de territorio. Un ejemplo de ellos es el BIT con Perú, en el que se define "Territorio" así:

"Territorio designa, además de las áreas enmarcadas en los límites terrestres, las zonas marítimas adyacentes incluyendo el suelo y el subsuelo, y el espacio aéreo, que conforman el territorio de cada una de las Partes Contratantes de acuerdo con su Constitución Política y las normas del Derecho Internacional".

Es de destacar que este Tratado bilateral de Inversiones con Perú, ya fue aprobado mediante la Ley 279 de 1996 y fue además declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-008 del 23 de enero de 1997.

Por las razones antes expuestas, los ponentes abajo firmantes y, en general, la mayoría de los miembros de las Comisiones Segundas conjuntas decidimos acoger como texto base de discusión la ponencia mayoritaria.

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, los ponentes abajo firmantes nos permitimos presentar ante la Plenaria del Honorable Senado de la República la siguiente

Proposición

Dese segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América"*, sus *"Cartas Adjuntas"* y sus *"Entendimientos"*, suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Cordialmente,

Luis Humberto Gómez Gallo y *Manuel Enríquez Rosero,* Senadores de la República, Coordinadores; *Mario Uribe Escobar, Adriana Gutiérrez* y *Carlos Emiro Barriga,* Senadores de la República.

* * *

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 178 DE 2006 SENADO, 200 DE 2007 CAMARA

por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Bogotá, D. C., mayo 7 de 2007

Doctora

DILIAN FRANCISCA TORO TORRES

Presidenta del Senado de la República

Congreso de la República

Ciudad

Referencia: Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos",* suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Respetada doctora:

En los términos de los artículos 153, 156 y 171 de la Ley 5ª de 1992 y en cumplimiento del encargo de la Mesa Directiva de las Comisiones Segundas del Senado y la Cámara de Representantes, nos permitimos rendir ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos",* suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006, en los siguientes términos:

I. INTRODUCCION

Existen foros multilaterales en los que se han ido debatiendo y negociando los términos de la liberalización del comercio como son la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el ámbito mundial y el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en el regional. En estos espacios las negociaciones han seguido un ritmo relativamente más lento y complejo que el pretendido por los países económicamente más poderosos, derivado de las dificultades para lograr acuerdos entre una gran cantidad y diversidad de países con niveles de desarrollo e intereses muy disímiles. Los desacuerdos entre diferentes grupos de países se han hecho patentes en dos de los foros más recientes: la quinta Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Cancún en el 2003 y la reunión del ALCA en Miami en el 2004.

En lo que se refiere a esta última, se presentó un desacuerdo entre Estados Unidos y un grupo de países suramericanos alrededor de temas como la exclusión, por parte del primero, de componentes como los subsidios a la producción que aplica internamente; y por parte de los segundos, la propuesta de no incluir los capítulos sobre inversiones, propiedad intelectual y servicios y que el ALCA se base fundamentalmente en una negociación sobre mercancías. Frente al desacuerdo, Estados Unidos planteó que seguiría con su estrategia de negociación bilateral de tratados de libre comercio con los países que estuvieran dispuestos.

Por otro lado, en el ámbito internacional, Estados Unidos ha impulsado infructuosamente la propuesta de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) –el que va mucho más allá del Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio de la OMC– que ha sido objetado por muchos países al considerar que se les da una protección excesiva a los intereses de las grandes empresas transnacionales de los países desarrollados.

Frente a ese contexto multilateral, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia se inscribe dentro de la estrategia bilateral promovida por el primero y aceptada por el segundo, con miras a acelerar el proceso de "libre comercio" ante los obstáculos que se han presentado en el ámbito multilateral. Esto significó para Colombia –con su economía pequeña de país en desarrollo– entrar a definir términos y condiciones para el intercambio comercial y para otras materias, en una negociación bilateral con la mayor potencia económica y política mundial. Para los Estados Unidos, como es obvio, esto

significó una negociación con mayores ventajas para avanzar en los objetivos que no ha logrado aún en el ámbito multilateral.

II. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

Cumpliendo con el deber de rendir ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, *por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América" sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos"*, **suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.**

1. El 22 de noviembre de 2006 los Gobiernos de Estados Unidos y Colombia firmaron el TLC en el cual los dos países asumían compromisos de carácter comercial, mediante el cual además se daba vía libre al manejo de temas muy sensibles para Colombia y para la humanidad como la biodiversidad, los conocimientos tradicionales, el medio ambiente y en general la propiedad intelectual.

2. El 31 de enero de 2007 el Presidente de la República expidió el decreto mediante el cual convoca a sesiones extraordinarias al Congreso de la República, a partir del 6 de febrero de 2007 con el propósito de estudiar, entre otros, el Proyecto de ley número 178. Posteriormente el día 6 de febrero el Presidente envió al Congreso mensaje de urgencia para el trámite del proyecto que nos ocupa en esta ponencia, lo cual implica que las Comisiones Segundas de Senado y Cámara, encargadas de analizar los acuerdos internacionales, trabajaran de manera conjunta solo en este tema, con el fin de acelerar el proceso de aprobación. El Gobierno planteó en su mensaje de urgencia que espera que el trámite de aprobación del texto del TLC con EE. UU. esté listo el 30 de marzo.

3. El día 6 de febrero de 2007, la Mesa Directiva del Senado expidió la Resolución número 095, mediante la cual autorizó la celebración de Sesión Conjunta de las Comisiones Segunda del Senado y la Cámara de Representantes para discutir este proyecto.

4. A lo largo del debate pudimos acopiar información muy valiosa de diferentes actores: Congresistas, Ministros, académicos y estudiosos del TLC con Estados Unidos, quienes especialmente durante las audiencias públicas realizadas los días 28 de febrero y 1° de marzo de 2007 expresaron sus posiciones frente al proyecto objeto de esta ponencia.

5. Hechas estas precisiones, quiero ampliar los antecedentes de mi ponencia manifestando que provengo de una región colombiana cuyo principal patrimonio es la biodiversidad, la cultura y el respeto por los conocimientos tradicionales, lo cual me permite argumentar con propiedad aspectos que han sido materia de mi análisis dentro del Proyecto de ley número 178 de 2006, no solo para corresponder la confianza depositada en mí por la comunidad indígena y por quienes me eligieron, sino por el compromiso que tengo con la humanidad y con el deber moral de heredar un mundo compatible con la vida.

6. Igualmente puedo decirles que pertenecer a una etnia colombiana, me ha permitido conocer de manera directa la realidad social y económica de los pueblos indígenas, realidad que prima sobre los formalismos representados en proyecciones económicas que emanan de entidades como el DNP, que por hacer parte del Gobierno pierden objetividad ya que solo muestran lo que le permite al autor de la iniciativa, mostrar bondades y evita relacionar las desventajas y los riesgos.

7. Las comunidades indígenas por principio elemental de respeto por la tierra y por la especie humana, hace uso de los recursos naturales de manera sostenible, es decir, utilizan un componente de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la misma, con el propósito de mantener las posibilidades de la diversidad, de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras, filosofía que además está contenida en el Acuerdo de Cartagena firmado por Colombia en 1996.

8. Mi interés no es oponerme al progreso y al desarrollo del país que tanto se pregona en el proyecto por parte del Gobierno Nacional, en la exposición de motivos, sino dejar claro que los aspectos negativos que he encontrado coinciden con estudios de contradictores del TLC de la talla de premios Nóbel como los que registro a continuación:

• **JOSEPH STIGLITZ** Premio Nóbel de Economía: *"En la asimétrica negociación de tratados comerciales no priman la equidad o la democracia, sino los intereses de grupos particulares como las farmacéuticas y las petroleras, o al menos esos son los intereses que representa la oficina comercial de EE. UU. …Los países que firman TLC creen que les van a traer inversión y no hay evidencia de que eso pase. Es solo un sueño… Si la firma del TLC tuviese negociaciones reales y posibilidades de beneficiar a los países, sí lo recomendaría, pero Estados Unidos no negocia sino que demanda o impone… los acuerdos bilaterales son una desventaja porque EU subsidia su agricultura y no dejaría a otros países tomar medidas en contra de eso… Los TLC no son tan libres ya que se solicita o se impone comprar cierta cantidad de materia prima de EU, como parte de los convenios… Los TLC no son buenos, no son justos, porque traen más perjuicios que beneficios"*[62].

• **ADOLFO PEREZ ESQUIVEL** Premio Nóbel de la Paz: *"La firma del TLC con los EU llevaría a Costa Rica a transformarse en una colonia norteamericana; agregar una estrellita más a su bandera. El fracaso de los EU de implantar en el nivel continental en el 2005 el TLC, es una muestra clara y contundente que hay pueblos que no claudican que resisten a las fuertes presiones y que tienen el coraje de defender sus derechos. Otros lamentablemente han claudicado y han hipotecado la vida de sus pueblos, traicionando su libertad y autonomía. Han privilegiado el capital financiero, sobre el capital humano y sometido a sus pueblos a la dependencia. Frente a estos desafíos cabe preguntarse qué quiere el pueblo Costarricense"*[63].

• **JOSE SARAMAGO** Premio Nóbel de Literatura: *"Los famosos tratados de libre comercio son el instrumento máximo de los Estados Unidos para gobernar a los pueblos desde México hasta la Patagonia… No tienen solo aspectos comerciales sino, también, temas políticos y sociales… No son libres, sino que tienen que ver con deseos de dominación estratégica, militar y política… La autonomía, la independencia y la soberanía de los países de América queda en entredicho en el momento que los tratados entren en vigor. Estos tratados son una especie de campanada de advertencia. Si los pueblos no imponen a sus gobiernos la defensa de sus derechos esto acabará mal"*[64].

9. Pero no solo he encontrado preocupaciones generales frente a los TLC con EU, sino que específicamente frente al caso colombiano he podido encontrar posiciones adversas y respetables, como las planteadas por:

• Los consultores elegidos por el Gobierno Nacional y que produjeron un estudio avalado por el Ministro de Agricultura de la época, doctor Carlos Gustavo Cano,[65] **LUIS JORGE GARAY[66], FERNANDO BARBERI[67] Y MAURICIO CARDONA[68],** los que después de un estudio minucioso concluyen: *"La negociación agropecuaria del TLC de Colombia con los EU fue inequitativa. En efecto, mientras que los EU mantuvieron su política de protección y estabilización a la agricultura a través de las ayudas internas a la producción, Colombia aceptó desmontar el Sistema Andino de Franjas de Precios y el Mecanismo Público de Administración de Contingentes para las importaciones originarias de los EU: sus principales instrumentos de política comercial agropecuaria. Complementariamente, no fue posible incluir en el Tratado un mecanismo sustituto del sistema de franjas de precios, como hubiera sido las medidas de salvaguardia de precios con vigencia durante la permanencia del Tratado o hasta que las ayudas internas distorsionantes de la producción y el comercio sean eliminadas en la OMC"*[69]. Y agrega más adelante el documento consultado que: *"La negociación del TLC de Colombia con los EU resultó asimétrica a favor de este último, lo cual no se compadece ni con el tamaño de las economías, ni con su grado de desarrollo. Es preciso señalar que Colombia ofreció desgravar de manera inmediata, bien sea a través de la canasta A o del mecanismo de contingentes, un valor anual de importaciones actuales equivalente a US$839 millones (con base en el periodo 2001-2004), en tanto que los EU sólo ofrecieron desgravar de manera inmediata un valor anual de importaciones actuales equivalente a US$ 776 millones"*[70].

10. Otras citas igualmente respetables son las encontradas en pronunciamientos hechos por organizaciones indígenas nacionales, que con base en la experiencia histórica que han padecido, pueden asegurar que:

• *"Las leyes del TLC serían de carácter internacional y podrían tener privilegios sobre las constituciones y leyes del país asociado, promoviendo la*

---

62 Seminario sobre globalización realizado en la Universidad de Columbia (Nueva York).

63 Carta dirigida por el premio Nóbel al Presidente Oscar Arias

64 Rueda de Prensa, Octava Feria Internacional del Libro, Costa Rica, junio de 2005.

65 Idem.

66 Ingeniero Industrial y Magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Adelantó doctorado, Ph.D. en Economía en el Instituto Tecnológico de Massachussets, EU. Consultor del BID, PNDU, DNP de Colombia, asesor de Minhacienda, Mincomercio Exterior, Minrelaciones Exteriores del Gobierno colombiano entre 1993 y 2005.

67 Economista de la Universidad de los Andes, con postgrado en Desarrollo Económico del William Collage Center for Developmet Economics de Massachussets EU. Consultor de la FAO, asesor del Minagricultura, Comercio y Relaciones exteriores del Gobierno colombiano.

68 Economista con maestría en economía de la Pontificia Universidad Javeriana. Consultor de la FAO.

69 "La negociación agropecuaria en el TLC, alcances y consecuencias", Garay, Berberi y Cardona. Editado por Planeta Paz, noviembre de 2006.

70 Idem.

destrucción del pluralismo jurídico de nuestra nación y de paso, arremetería contra nuestra diversidad cultural. En este sentido los derechos que garantiza la Constitución Política de 1991 y el Convenio 169 de la OIT; además de lo conseguido por las luchas indígenas, quedarían relegados por una legislación supranacional de anexión global, que entraría a tomar decisiones con base en políticas del LIBRE COMERCIO"[71].

• *"No es el comercio ni la competitividad lo que importa para la supervivencia de los pueblos. Importa que la naturaleza, los conocimientos tradicionales, la biodiversidad, el medio ambiente, nuestras formas de pensamiento, nuestra cosmovisión sean reconocidos y respetados como propiedad intransferible de los pueblos indígenas"… "entendemos que la llamada agenda interna constituye una estrategia de adecuación de la infraestructura y capacidades del país para la entrada en vigencia del TLC. Sin embargo, la solución de las necesidades internas del país debe ser una postura política independiente de cualquier proceso de negociación"*[72].

• *"Nuestra determinación de no renunciar a nuestros modelos de desarrollo colectivo, a nuestros planes de vida y al fortalecimiento de la identidad y a la construcción de un Estado realmente democrático en donde sea posible la vida digna y la participación. Las evidencias históricas y la realidad cotidiana de la sociedad y en particular de los pueblos indígenas demuestran que con el modelo actual no es posible"*[73].

11. Pero además en el sur de Colombia, especialmente en el Cauca y Nariño las comunidades organizadamente hicieron pronunciamientos y movilizaciones en oposición al TLC, los que además de no ser atendidas y tramitadas por el gobierno en debida forma siguen palpitando con tal fuerza que al Estado debería preocupar.

12. Las comunidades indígenas del Cauca que se encuentran organizadas en el CRIC plantearon durante los tres últimos años, el imperativo de no firmar ni llegar a acuerdos sobre el TLC con EE. UU. hasta tanto no se realizara una consulta popular haciendo uso del artículo 164 de la Constitución Nacional. Este planteamiento fue hecho al Presidente de la República en la ciudad de Popayán a mediados del año 2004.

13. Mandato indígena y popular, en la gran Minga a la ciudad de Cali en el mes de septiembre de 2004, donde participaron más de 60.000 personas: indígenas, campesinos y sectores urbanos de varios departamentos de Colombia. En esta ocasión el Presidente de la República que se encontraba en un Consejo comunal en el Oriente colombiano, expreso por los medios de comunicación su descalificación de esta movilización y planteo un debate público con el movimiento indígena sobre el TLC, invitando a que desde el CRIC se le pusiera fecha, hora y sitio. No obstante, luego quedó claro que esta reacción del jefe de Estado no respondió más que a un manejo de medios, ya que a pesar de múltiples llamados desde las organizaciones sociales del Cauca nunca hubo la más mínima posibilidad de concretar este debate.

14. Ante la negativa gubernamental a tratar siquiera la posibilidad de una consulta popular, el movimiento indígena del Cauca organizó una consulta interna en el mes de marzo de 2005. Igualmente realizaron esta consulta organizaciones sindicales y campesinas del Cauca y otros departamentos. La consulta interna indígena se realizó en los municipios de Toribío, Jambaló, Caldono, Inzá y Páez, arrojando los siguientes resultados:

		PORCENTAJE DEL CENSO ELECTORAL DE LOS MUNICIPIOS
TOTAL VOTANTES	**51.425**	**75 %**
TOTAL POR EL SI	**50.402**	**73.5%**

15. La única mención del Gobierno Nacional a esta consulta realizada por los pueblos y organizaciones sociales del Cauca, fue la expresada por el viceministro de Agricultura en una visita a Popayán, en el sentido de que los pueblos indígenas estaban mal informados y que por tanto se iban a hacer unas cartillitas para que salieran del error.

16. Nuevamente en la cumbre itinerante y permanente de organizaciones sociales, realizada en la María, Piendamó, en mayo de 2006, se retoma el TLC, junto con el tema agrario y el cumplimiento de acuerdos entre el Estado y organizaciones sociales. Luego de dos días de sesión, y de realizar exigibilidad de la presencia de una comisión del Gobierno Nacional para poder plantear estos temas desde las organizaciones sociales, encontrándose dicha comisión lista para salir desde Popayán hasta Piendamó, el territorio de la María es bombardeado por la fuerza pública, más de diez mil personas atacadas con gases, tanquetas y helicópteros, un indígena asesinado y el diálogo exigido, suspendido. La principal conclusión recogida de dicho evento: "a pesar de la barbarie, la palabra continúa construyendo vida digna y soberanía".

17. A estas alturas del análisis del TLC podría asegurar que este Tratado pretende aplicar la fórmula del petróleo a la biodiversidad. Hoy las multinacionales de los países industrializados se llevan el crudo, lo procesan y luego nos venden los subproductos con un elevado costo. Con semejante experiencia puede preverse que con el TLC, Colombia vea salir sus recursos naturales y el material genético, con destino a ser patentados en Estados Unidos y conseguir ganancias para los dueños de la "patente", mientras que Colombia país que aportaría estos recursos, tendría que solicitar permisos para comercializar o movilizar semillas de especies nativas del país y no podría beneficiarse del descubrimiento por parte de investigadores colombianos, de nuevas aplicaciones sobre las especies patentadas, ya que los descubrimientos futuros pasan automáticamente a ser propiedad del dueño de la patente[74].

18. Fundamento mi temor a que se patente la vida o lo que los ecologistas han llamado el "oro verde", en que Colombia a pesar de haberse comprometido con el Convenio de Diversidad Biológica CDB (que Estados Unidos no firmó), no le ha exigido a los norteamericanos adherir a este para entrar en igualdad de condiciones y poder proteger el amplio rango de seres vivos que se encuentran en nuestros ecosistemas y que son la pieza central para la continuidad alimenticia y el sustento básico de salud. La biodiversidad como fuente de materia prima e ingredientes activos para muchos productos comerciales – alimentos, medicinas, cosméticos, biotecnología, veterinaria, siembra y agroquímicos– es reconocida como un recurso altamente estratégico con potencial comercial[75].

19. El Gobierno Nacional ha intentado mostrar como un gran logro la carta de entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales contenida en el TLC, pero no se ha atrevido a confesar públicamente que ese "entendimiento" es ambiguo y disfraza el saqueo y algunas acciones que bien podríamos llamar como "biopiratería" por parte de Estados Unidos, quien lo máximo que podrá ofrecernos por nuestra biodiversidad son "contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios y proveedores", que en buen castellano significa cambiar vida por unas monedas o por elementos materiales de duración finita. La carta de entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales no se traduce en garantías en nuestro favor ni en obligaciones de estricto cumplimiento para los Estados Unidos, sino que se trata de meras intenciones sin obligatoriedad.

20. Como hasta este momento mi argumentación y mis preocupaciones parecen basadas exclusivamente en mi lectura y no en posibilidades reales, quiero tomar hechos y datos de situaciones de conflicto que padece México (país con la mayor población indígena de América, que firmó un TLC con EU en 1994) en razón al saqueo biogénetico del cual ha sido objeto por parte de Estados Unidos, a través de peligrosos "contratos" como:

a) El suscrito en 1998 por el Instituto de Biotecnología de la UNAM con la compañía estadounidense Diversa por tres años en el que la Universidad Mejicana se compromete a proporcionar a la empresa muestras del medio ambiente que consisten en cultivos enriquecidos, aislados o extractados de ADN de especies de flora para que busque componentes de interés industrial con la posibilidad de explotarlos comercialmente. La empresa, por su parte, se obligó a donar a la UNAM el equipo para la realización de las tareas y aportaciones económicas[76]. ¿Qué equilibrio puede haber entre estos recursos vivos y unos equipos que además de tener una duración determinada, se usaron justamente para investigar y utilizar las riquezas naturales comerciadas?;

b) Alimentos reconocidos como mexicanos han sido patentados en otras naciones, con lo que el país ha perdido los derechos sobre ellos. Esto ocurrió con el pozol, registrado por la Universidad de Minesota, el Tepezcohuite y los nabos negros de la Montaña de Guerrero se registraron en España, el nopal en Italia y el fríjol enola en Estados Unidos. Sólo en el caso del fríjol amarillo enola se ha presentado una apelación. Esto lo hizo el Centro Internacional de Agricultura Tropical (CIAT) en diciembre de 2000 ante autoridades estadounidenses. El fríjol amarillo enola fue expropiado a México y viola los derechos del país sobre sus recursos genéticos, tal como lo establece el Convenio de Diversidad Biológica. Este fríjol fue registrado por Larry Proctor, de la empresa PODNERS con sede en Colorado, quien compró fríjoles en 1994 y

71 Organización Nacional Indígena de Colonia, ONIC, Confederación Indígena Tayrona. CI.

72 Pueblos indígenas de la costa Norte, asistentes al Taller de Socialización del Tratado de Libre Comercio. Barranquilla agosto 3 de 2005.

73 Organizaciones indígenas integrantes de la macro región occidente. Cali, agosto 17 de 2005.

74 URBINA, Nicolás, Ecólogo de la Universidad Javeriana de Bogotá, actualmente adelanta Doctorado en Ciencias Biológicas en la Universidad Nacional Autónoma de México en Ciudad de México.

75 Idem.

76 Información tomada de la revista *Jornada* de México.

luego presentó una solicitud de patente monopólica exclusiva en ese país que se le autorizó en abril de 1999. Después de esto, estableció un juicio contra dos empresas mexicanas que vendían esa variedad a Estados Unidos, bajo el argumento de que violaban sus derechos de patente[77];

c) Otro caso aberrante es el que pude encontrar con el *pozol*, la bebida típica y tradicional maya que contiene "magia": elementos e ingredientes que ahora son propiedad privada protegidos por una patente de una empresa trasnacional holandesa y una universidad estadounidense. Ambas tienen el propósito de lucrar con el conocimiento milenario indígena antes público, colectivo y común, según lo ha demostrado la organización de investigaciones Rural Advancement Foundation International (RAFI). La empresa trasnacional de alimentos Quest International y la Universidad de Minnesota obtuvieron una patente en Estados Unidos en 1999 para el uso de una propiedad del pozol, que aislaron a partir de una bacteria utilizada en la bebida, que puede ser aplicada para "prevenir microorganismos indeseados en los alimentos". La patente oficial del gobierno estadounidense –número 5919695–, nombra a nueve personas como "inventoras" de esta cepa bacterial y afirma que puede ser utilizada "para controlar moho y otra flora de descomposición en varios materiales, particularmente alimentos como masa, tortillas, granos mojados y quesos"[78];

d) Respecto a este tipo de "inventos", los estudiosos de la biodiversidad han dicho "Se trata de otro caso de despojo del conocimiento milenario de una comunidad que siempre ha sido público y colectivo. Ellos toman un pedacito y con esto van a lucrar. Patentar el pozol, el fríjol canario mexicano, la ayahuasca amazónica, la quinoa boliviana, es una forma de hurto y apropiación del conocimiento indígena y hacerlo propiedad privada"[79].

21. Es importante precisar antes de entrar en materia, que el TLC no es un solo tratado sino 11 tratados. En la dos primeras páginas del capitulo 16 (Artículos 16.1.2, 3° y 4°), compromete a nuestro país a adherir o ratificar 10 tratados internacionales relativos a propiedad intelectual, que están vinculados a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y aunque en muchos aspectos son concordantes con las disposiciones de la OMC, no constituyen un mismo cuerpo cierto jurídico y eso tiene importantes consecuencias en cuanto a la interpretación y aplicación de la normativa, por lo cual es preciso analizar cada uno de los tratados citados en el artículo mencionado, para no pecar por ligereza u omisión.

III. PUEBLOS INDIGENAS Y DERECHO INTERNACIONAL

Intento con este título encontrar los elementos que hacen evidente la presencia de los derechos indígenas en el marco del derecho internacional. Es claro que el DI (Derecho Internacional) nace de los elementos históricos y contemporáneos y la cuestión indígena ha estado en la práctica jurídica internacional por siglos.

A lo largo de la historia la humanidad, los gobernantes y todos los que han poseído el poder político han utilizado armas del DI para favorecer sus propios intereses en detrimento de las comunidades indígenas, por lo cual quiero recordarles el pasado para no repetir la historia de menosprecio, olvido y que se siga buscando su exterminio o la asimilación, ignorando su valor humano y cultural con este nuevo instrumento internacional: ELTLC.

Evaluamos entonces el Derecho Internacional comprometido con los derechos indígenas, esa evaluación del DI en relación a patrones de conquista que subyugaron los pueblos indígenas la consideramos entre varios aspectos.

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS PUEBLOS INDIGENAS:

La llegada de los españoles a América, creo una situación nueva para el mundo europeo, y entre otras cosas, el desarrollo de un Derecho Internacional, toda vez que los "conquistadores" estaban frente a gente desconocida para los europeos de la época. La Corona de España debió elaborar la jurisprudencia internacional que permitiera legalizar sus conquistas frente a otras potencias europeas que estaban en el mismo negocio. Por otro lado, debió establecer las normas jurídicas con la iglesia y el Vaticano como órganos de poder y sancionador de la legalidad de la época. El derecho internacional del siglo XV determinó el carácter de las tierras del nuevo continente, las posesiones de los pueblos indígenas en América y la legalidad de la colonización europea en tierras del nuevo continente.

Las normas eurocentristas del siglo XV, conocidas como la Doctrina del Descubrimiento, negaba absolutamente a los indígenas su calidad de personas, de sujetos, e incluso de seres humanos. Por lo tanto no eran sujetos de derecho, de contrataciones, de actos jurídicos, y toda la gama del derecho que tenían los europeos de la época. Esta situación de los pueblos indígenas de América se prolongó durante todo el siglo XV al XIX incluso parte del siglo XX.[80]

El movimiento indígena internacional ha venido luchando durante los últimos 100 años por cambiar el sistema del derecho internacional de los pueblos indígenas. El objetivo central de la lucha ha sido provocar la aceptación de que los indígenas son seres humanos, personas o sujetos del derecho tanto nacional como internacional. Muchos Estados nacionales han reconocido este principio, sin embargo se niegan a implementar los derechos indígenas, como es el caso de los estados africanos, asiáticos, colombiano y el chileno.

Desde la llegada de Colón a las tierras de América en 1492 hasta 400 años mas tarde 1892, el mundo fue dominado por una visión eurocentrica del Derecho Internacional. La formulación del sistema legal europeo fue la base de todo el Derecho Internacional, negándoles a los pueblos indígenas de América toda posibilidad de derechos tanto individuales como colectivos. Aun hoy DIA después de transitar durante más de 100 años de duras luchas, se mantiene con otros nombres la misma doctrina del descubrimiento europeo.

Veamos ahora las 7 fuentes del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas:

1. La Doctrina Eurocentrica del Descubrimiento:

Hoy DIA después de varios cientos de años podemos analizar el desarrollo y los efectos negativos que estos principios legales tuvieron para los pueblos indígenas de América y por ende para el desarrollo del Derecho Internacional de los pueblos Indígenas. Durante 400 años los indígenas fueron tratados como objetos en el derecho internacional. Tal vez sea necesario examinar mucho más la historia de las relaciones jurídico-sociales entre los pueblos indígenas y los Estados que invadieron y colonizaron los territorios indígenas. Vale el caso de la llamada "pacificación de la Araucania "en Chile entre 1860 y 1883. La "Conquista del Oeste en los EE. UU." o la "Conquista del Desierto en la República Argentina". Hoy día podemos afirmar que las leyes del sistema europeo que regulaban las interacciones "civilizados-bárbaros" o civilizados-indígenas" no eran más que instrumentos de discriminación racial contra los derechos de los pueblos indígenas de América.

2. Las Bulas Papales:

El Papa Alejandro VI dictaminó dos leyes o bulas durante los días 3 y 4 de mayo de 1493, en favor de los reyes católicos Fernando V e Isabel, Reyes de Castilla, Aragón y Granada. El Papa dice en su decreto "Nos hemos enterado en efecto que desde hace algún tiempo os habíais propuesto buscar y encontrar tierras e islas remotas y desconocidas y hasta ahora no descubiertas por otros, a fin de reducir a sus pobladores a la acción de nuestro Redentor y a la profesión de la fe católica, pero, grandemente ocupados como estabais en la recuperación mismo del reino de Granada, no habíais podido llevar a cabo tan santo y laudable propósito; pero como quiera que sea recuperado dicho reino por voluntad divina y queriendo cumplir vuestro deseo, habéis enviado al amado hijo Cristóbal con navíos y con hombres convenientemente preparados, y no sin grandes trabajos, peligros y gastos, para que un mar hasta ahora no navegado buscasen diligentemente unas tierras remotas y desconocidas. Estos navegando el mar océano con extrema diligencia y con auxilio divino hacia occidente, o hacia los indios, como se sabe encontraron ciertas islas lejanísimas y también tierras firmes que hasta ahora no habían sido encontradas por otros en las cuales vive una inmensa cantidad de gente se según se afirma van desnudos y no comen carne." La resolución continua: "haciendo uso de la plenitud de la potestad apostólica y con la autoridad de Dios omnipotente os donamos concedemos y asignamos perpetuamente, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León, todas y cada una de las islas y tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido encontradas por vuestros enviados, y las que se encontrasen en el futuro y que en la actualidad no se encuentran bajo el protectorado de ningún otro señor cristiano, junto a todos sus dominios, ciudades fortalezas, lugares y villas con todas sus jurisdicciones correspondientes y con todas sus pertenencias, y a vosotros y a vuestros herederos"[81].

Finalmente viene la sanción para quienes pretendan oponerse a esta resolución: "Nadie pues se atreva en modo alguno a infringir o contrariar con ánimo esta depuración, mandato, inhibición, indulto, extensión, ampliación, voluntad y decreto. Si alguien pues se atreviese que sepa que incurre en la ira de Dios omnipotente y de los bienaventurados Apóstoles Pedro y Pablo. Dado en Roma. San Pedro, en el año de la encarnación del señor, mil cuatrocientos noventa y tres, el día quinto de las nonas de mayo, primero de nuestro pontificado"[82].

77 ANGELICA ENCISO L. Centro de estudios para el cambio en el campo mexicano. Tomado de http://www.ceccam.org.mx/boletines/14EncisoNadal.htm,

78 Diario *La Jornada* de México.

79 RIBEIRO, Silvia, integrante de RAFI (Rural Advancement Foundation International, organización internacional independiente con sede en Canadá).

80 GAVILAN, Victor M. Centro de documentación mapuche. http://www.mapuche.info/mapuint/pueblos030217.html

81 Idem.

82 Cristóbal Colón. Colección de Documentos. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Suponemos que la Reina Isabel y el Rey Fernando V de España a traves de sus abogados escribieron este decreto que fue firmado por el Papa Alejandro VI, llamada Bula Papal Inter Caetera Divinai. La misma bula papal resuelve algunos problemas que España tenía con Portugal en esa lucha por los descubrimientos de la época. Lo interesante es que ni los Reyes de España ni su santidad el Papa consultaron a los indígenas acerca de las leyes que estaban promulgando y que en la práctica se impusieron en América por los próximos 500 años. Los colonizadores europeos invadieron América indígena y más tarde los Estados nacionales hicieron lo mismo. En el siglo XV la Iglesia Católica y el Vaticano no hacían más que sancionar y legalizar la negación de los derechos de los pueblos indígenas en América.

3. Los escritos de Francisco de Vitoria:

Este sacerdote Dominico originario del país Vasco en España nació en 1483. Por los años 1504 ingresó al convento de los Dominicos. En 1509 viajó a París a estudiar Teología, doctorándose en 1523, fecha en que vuelve a España para trabajar en el Colegio de San Gregorio de Valladolid. El 7 de septiembre de 1526 ingresó a trabajar como titular en la Catedral de Prima Teología en la Universidad de Salamanca, donde se hizo famoso por sus críticas al sistema jurídico impuesto por los conquistadores en América. Por otro lado no olvidemos que el Consejo de Indias originariamente comenzó también a funcionar en la ciudad de Valladolid, España.

Fray Francisco de Vitoria fue uno de los primeros pensadores europeos en concebir la idea de una sociedad de naciones. Vale decir la idea que se hizo realidad 400 años más tarde con la creación de la organización de las Naciones Unidas. Fue precisamente Vitoria quien concibió la idea de una comunidad universal de todos los pueblos organizados políticamente y fundada en el derecho natural de cada hombre y de cada pueblo. Fue el primero en definir el llamado Derecho de Gente, argumentando que: "El derecho de gentes no solo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene por sí mismo fuerza de ley, y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprenden que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocantes a la Guerra. Y en los asuntos graves, como en la inviolabilidad de los legados, ninguna nación puede darse por no obligada por el derecho de gentes, pues este viene conferido por la autoridad de todo el orbe"[83] (3).

La llegada de Colón a América según Vitoria generó una serie de problemas, relacionados con la tierra, la riqueza, el poder y el trato a los indígenas. En 1536 fustigó duramente los abusos de los conquistadores. En sus escritos relacionados a la conquista del Perú, declara que los indígenas no son seres inferiores, para ser explotados o esclavizados, sino seres libres con iguales derechos que los españoles y dueños de sus tierras y bienes.

Las tesis de Vitoria fueron escuchadas en las Cortes españolas de la época, pues en 1542 se promulgaron las leyes de India que ponían a los indígenas de América bajo la protección de la Corona.

El Sacerdote Francisco de Vitoria como catedrático de la Universidad de Salamanca fue consultado por el propio Monarca Carlos I, a quien Vitoria le hizo llegar la tesis de que era legitimo para la Corona ocupar los territorios de América y combatir la oposición indígena mediante la guerra, pero reconociendo la propiedad de los indígenas sobre los territorios que ocupan, y justificaba la presencia española en virtud del orden natural, que debe basarse en la libertad de circulación de las gentes.

Los escritos de Vitoria circulan en las Universidades de Norteamérica y Europa, pues ponen de manifiesto la modernidad de su pensamiento Curico a pesar de haber vivido durantes los años 1483 y 1546. Vitoria no solamente concibió la idea de un sistema de Estados soberanos sometidos a las normas de un Derecho Internacional de coordinación, sino que planteó la instauración de un orden mundial al que deben subordinarse las soberanías nacionales, y cuyo objetivo internacional fundamental seria un ius inter gentes amparador de los Derechos Humanos[84].

4. Los escritos de Bartolomé de las Casas:

Otra fuente del derecho internacional para los pueblos indígenas son los escritos de Fray Bartolomé de Cassaus (o de las Casas). El padre de Bartolomé había llegado a América con Cristóbal Colón y podemos afamar que tanto Francisco Vitoria, como las Casas y Colón eran de la misma época, aunque Colon unos 20 años mayor de edad que los dos primeros. Bartolomé de las Casas conoció a Colón e incluso trabajo largos años con el hijo del conquistador Diego Colón, quien fuera gobernador de la isla La Española. Bartolomé de las Casas había nacido en 1474 en Sevilla. En 1502 viajó desde España a la española en América, donde tenía una Encomienda. En 1512 llegó a ser el primer sacerdote ordenado en América por la congregación de los Dominicos. En 1513 tomó parte en la violenta y sangrienta conquista de Cuba. En 1515 volvió a España y junto al Arzobispo de Toledo Monseñor Francisco Jiménez de Cisneros se presentaron como defensores de los indígenas ante el Rey Fernando V.

En 1516 vuelve a América como miembro de la Comisión Investigadora del Trato a los Indígenas. Más adelante en 1519 vuelve nuevamente a España y en 1520 presenta una denuncia formal del trato a los indígenas al Rey Carlos I, también llamado Emperador Carlos V, quien apoyó el plan de Bartolomé de las Casas para crear una colonia campesina con indígenas y españoles en un área de la actual Venezuela.

En 1523 Bartolomé de las Casas, desilusionado por los resultados de su actividad política, se unió a la congregación de los Dominicos de Santo Domingo y comenzó su actividad como escritor, historiador y defensor hasta su muerte por la causa de los indígenas de América. En 1530 logró obtener de la Corona el decreto que prohibía la esclavitud de los indígenas del Perú y que trajo personalmente para su implementación.

En 1537 recibió el apoyo del Papa Pablo III, quien a través de la Bula Papal Sublimis Deus, declaraba a los indígenas de América como seres humanos racionales y espirituales y que sus vidas y propiedades debían ser protegidas.

En 1542 regresa a España y logra convencer a Carlos I a que firme una nueva ley que prohibía la esclavitud en toda América y se limite el sistema de Encomiendas a una sola generación. En esta fecha Bartolomé de la Casas escribió su famoso libro Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias.

Entre los meses de agosto de 1550 y abril de 1551 se produce la famosa controversia entre Bartolomé de las Casas y el jurista español Juan Gines de Sepúlveda. La controversia se había producido muchos años antes y era un tema candente pues el mismo monarca Carlos V organizó el encuentro público en Valladolid que era la capital de España en aquella época. Todo fue preparado en la Capilla del Colegio de San Gregorio, y ante quince jueces, entre los cuales estaban connotados teólogos como: Melchor Cano, Domingo de Soto, Pedro de la Gasca, Bartolomé Carranza y otros, se desarrolló esta famosa discusión.

Juan Gines de Sepúlveda, defendía el derecho de España, como nación civilizada a someter por las armas a los salvajes, oponiéndose abiertamente incluso a las normas del Consejo de Indias. Sepúlveda era un fiel seguidor del filósofo griego Aristóteles, quien había escrito en el Libro I de la Política:

"Que algunos hombres nacían para ser señores y otros para ser esclavos; los primeros mandaban, los segundos obedecían. La naturaleza –en su sabiduría– capacitó a cada uno para cumplir el papel para el cual fue destinado por la propia naturaleza desde el momento de nacer. A los señores les dio razón e inteligencia; a los esclavos cuerpos fuertes. Los que nacieron para servir estaban obligados a someterse a los que nacieron para mandar, si se negaban a esto era licito obligarlos por la armas, y esta violencia o, mejor dicho, esta guerra, era justa y conforme a los principios de la naturaleza".

Las ideas de Aristóteles estuvieron muy presentes en los pensadores cristianos de aquella época: John Major (Inglés) fue el primero en pensar que las ideas de la Política podían ser aplicadas a los indígenas de América, más adelante le siguieron Palacio Rubios, Bernardo Mesa, Juan Quevedo y Juan Gines de Sepúlveda. Contrarios a estas ideas se levantaron Domingo de Soto, Francisco Vitoria y Bartolomé de las Casas.

La controversia de Valladolid estableció dos maneras opuestas de pensamiento en España. La discusión en torno a que si los indígenas de América, eran seres humanos con alma, o salvajes capaces de ser domesticados. Juan Gines de Sepúlveda defendió las ideas de la guerra justa contra los indios a causa de sus pecados e idolatría y su inferioridad en la especie humana. Por aquella época incluso la Teología era considerada superior a las otras ciencias. Bartolomé de las Casas tenía que demostrar primero que sus argumentos filosóficos eran aceptables para la Teología y después para el Monarca.

La controversia de Valladolid ha sido publicada a casi todos los idiomas del mundo, en tanto es el origen de la lucha por los derechos humanos, de la tolerancia y del respeto a las diferencias. En la controversia no hubo resolución final. Los dos exponentes se consideraron vencedores. Sepúlveda después del encuentro abandonó la vida pública para retirarse a su ciudad natal de Córdoba y murió en 1573. Por su parte Bartolomé de las Casas siguió escribiendo en Madrid, lugar donde murió en 1566. Sus libros solo comenzaron a publicarse en 1875.

Los escritos de Bartolomé de las Casas presentan un ser indígena, humano racional y libre de proyectar su propia vida. De manera entonces que las primeras ideas de la libre determinación de los hombres es una idea proveniente

España. Internet. 2000.

83 Bibliografia de Francisco de Vitória. Canalsocial.com/bibliografia/derecho.

84 Gran Enciclopédia Rialp Ger. Internet.

de Las Casas. Estas ideas fueron tomadas de las antiguas fórmulas medievales que daban protección a los señores y defendían los derechos de las oligarquías dueñas de la tierra en la Europa feudal. De las Casas logró desarrollar la doctrina de la libre determinación en el libro llamado De Regia Potestatate, escrito en 1560 y editado por primera vez en España en 1969. Los editores de la primera edición española dijeron que se trataba del más sensacional de los tratados de filosofía política del siglo XVI. Bartolomé de las Casas escribió el libro como respuesta al problema de las Encomiendas en el Perú, mediante el cual trataba de convencer a la Corona y al Consejo de Indias que el proyecto de Encomiendas a perpetuidad era ilegal y traería para la comunidad indígena consecuencias desastrosas[85] (5).

5. El Consejo de Indias de España:

El Consejo de Indias de España fue creado por una real cédula del 14 de septiembre de 1519. Era dependiente del Consejo de Castilla y más tarde el 1° de agosto de 1524 pasó a ser un órgano independiente bajo la Presidencia del Cardenal Loayza. Inicialmente tuvo su residencia en Valladolid. Más adelante en 1561 la Corona se radicó en Madrid en el Escorial, entonces el Consejo de Indias también se movió a Madrid, pero al edificio del Alcázar Viejo, y más tarde aun cuando se construyó el Palacio Real, el Consejo pasó a residir en el Palacio de los Consejos.

El Consejo de Indias de España llegó a ser la más alta autoridad legislativa y administrativa para el nuevo continente después del Rey. Tenía tres departamentos. Dos de ellos se dedicaban a los asuntos de Gobiernos en América y uno a las cuestiones legales o de justicia. El Consejo tenía cinco miembros, dos secretarios, un promotor fiscal, un relator, un oficial de cuentas y un portero. El Consejo solo tenía funciones consultivas. Todos los acuerdos debían ser ratificados por el Rey. El 25 de agosto del año 1600 se creó la Junta de guerra al interior del Consejo, dedicada a las cuestiones de la guerra con los indígenas. También crearon la Casa de Contrataciones dedicada a los negocios en el nuevo continente. Igual que el Consejo de Castilla, el Consejo de Indias también llegó a tener una Cámara de Indias encargada de la distribución de las Mercedes y proponer al Rey los nombramientos en los oficios civiles y eclesiásticos. Este último se llamaba el Real Patronato. A comienzos del siglo XVII el Consejo tenía cuatro secretarias, y las más importantes eran las que atendían los asuntos de los Virreinatos de Nueva España (México) y la del Perú, del cual dependía Chile. Esta última creó muchos dolores de cabeza a los miembros del Consejo, toda vez que la guerra de Arauco fue la única que los españoles perdieron en América, y finalmente optaron por reconocer la soberanía de los Mapuche sobre sus tierras desde el Bio-Bio al Tolten. El Consejo de Indias de España dejó de existir en 1812 y sus funciones pasaron a ser desempeñadas por la Secretaría del Despacho Universal de Indias, hasta su desaparición total con la creación de las nuevas repúblicas en el continente americano[86].

El Consejo de Indias de España es también una fuente del Derecho Internacional Indiano, toda vez que a.C. existieron un conjunto de normas jurídicas que fueron aplicadas o no durante la dominación española en América. El estudio de la documentación sobre las leyes de India rebela una actitud protectora por parte de los reyes de España hacia los indígenas de la época, como las que veremos a continuación:

• Los indígenas eran seres humanos libres.

• Los indígenas eran vasallos del Rey y, al igual que los españoles, debían pagar un tributo a la Corona con el fruto de su propio trabajo.

• Nadie puede tomar a los indígenas como esclavos.

• Los Encomenderos deben amparar, evangelizar y defender a los indígenas.

• Los Indígenas no deben servir a los Encomenderos para su servicio personal[87] (7).

La Nación mapuche recién comienza a interiorizarse de la importancia del Derecho Internacional Indiano, aunque el Abogado José Lincoqueo ha desarrollado importantes avances en esta material. Por otro lado me parece también necesario informar acerca del Archivo General de Indias, disponible hoy DIA en Sevilla, España.

El Archivo General de Indias nació en 1785 por iniciativa del propio Rey Carlos III; con el objeto de reunir en un solo lugar los documentos dispersos, relacionados a los pueblos indígenas de América. Inicialmente estaban en Simancas, Cádiz y en la propia Sevilla. El historiador Juan Bautista Muñoz asumió tan magna tarea. La Casa Lonja de Sevilla sirve hasta el día de hoy como sede del Archivo. El Archivo General de Indias es sin duda alguna el más importante depósito de documentos para el estudio de la administración española en América y sin duda una importante fuente del Derecho Internacional de los pueblos indígenas[88].

6. Los Parlamentos o Tratados Indígenas con la Corona:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por las Naciones Unidas en mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980, dice que los tratados son una función fundamental en la historia de las relaciones internacionales. El mismo documento internacional define lo que entendemos por Tratado: Letra a) "Se entiende por "Tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o mas instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". La letra b) "se entiende por ratificación, aceptación, aprobación, y adhesión, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

Podría argumentarse que los pueblos indígenas de América durante la colonia no gozaban del status de nación o de Estados, para negar la posibilidad de dar a los Tratados o Parlamentos Indígenas toda validez hoy día. Indiscutiblemente que es un desafió para los nuevos investigadores del campo indígena. Sin embargo, del estudio de la documentación colonial sabemos que los cronistas repetidamente hablaban del "Estado de los Araucanos y Tucapelinos", por otro lado debemos mencionar que si es efectivo que la Corona distinguía dos tipos de indígenas en América. Los indios sometidos y los no sometidos, "los bárbaros", los "incivilizados", "los bravos" o "los Salvajes".

Durante el siglo XVIII en América, no solo los Mapuche eran un pueblo no sometido a la Corona, sino que también los que estaban al Norte de México, o en el sur de los Estados Unidos, los de la cuenca del Amazonia, Orinoco, el Gran Chaco, las Pampas Argentinas y la Patagonia. Los españoles de la época decían que los indígenas no sometidos ocupaban las fronteras del imperio español en América. Pero por otro lado los mapuches decían que los españoles ocupaban las fronteras de las tierras que ellos controlaban. La tendencia de la Corona fue desarrollar, tratados o parlamentos con aquellos indígenas no sometidos, toda vez que estos siempre ponían en peligro la estabilidad de sus conquistas. Además la tendencia de los gobernadores españoles de la época era desarrollar el naciente sistema capitalista europeo, buscando mercados para su comercio, sin renunciar en ningún momento a la posibilidad de someter a los indígenas no sometidos.

Durante el siglo XVIII todavía no existía en Europa uniformidad, y claridad de conceptos que circulaban en el pensamiento más avanzado, como por ejemplo libre determinación, nación, estado, pueblo, soberanía, patria, identidad, nacionalidad, país, territorio, autonomía, por nombrar algunos[89].

Existe bastante bibliografía y documentación de la época que prueban la existencia del concepto de "naciones indígenas", "naciones bárbaras" para denominar a las sociedades indígenas de América durante el siglo XVIII[90].

Los Parlamentos o tratados que la Nación mapuche celebró con la Corona de España están bastante bien documentados y se ajustan plenamente a las letras a) y b) de la Introducción de la moderna Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Sin embargo, desgraciadamente por ahora aun no podemos exigir la retroactividad en la aplicación de la Convención de Viena. Pero los tratados y parlamentos siguen siendo ricas fuentes del derecho internacional de los pueblos indígenas.

7. Las Costumbres, leyes y tradiciones de los pueblos indígenas:

Otra fuente del Derecho internacional es sin lugar a dudas, las costumbres, leyes y tradiciones de los pueblos indígenas. Nuestro pueblo mapuche como muchos otros pueblos indígenas del continente se ligan estrechamente a la tierra, a la naturaleza, y al cosmo en su concepción del mundo, la identidad cultural como pueblo y el conjunto de todas las otras identidades contenidas en el Ad-mapu.

Las costumbres y tradiciones del pueblo mapuche que han perseverado por años, a pesar de las influencias aculturadoras del mundo occidental, mantienen aun los principios de unidad entre la naturaleza del hombre y su cosmo, buscando en todo momento el equilibrio del ser mapuche en su dimensión individual y colectiva. Los pueblos indígenas han mantenido sus costumbres por los últimos 500 años han mantenido sus propias leyes internas y sus tradiciones que hacen la diferencia con las costumbres de los estados nacionales en América.

---

85 Benjamin Keen. The Legacy of Bartolome de las Casas. University of Nebraska. USA. 1974.

86 El Real Consejo de Indias. www.puc.cl/sw_edu/historia/

87 Las Leyes de India. Citycall.com.ar/historia/paso 1/

88 Archivos Estatales. Archivo General de Indias. Centro Virtual Cervantes. España. Internet.

89 Sonia Fernández. Naciones Indígenas. Casos de Argentina y Chile. Universidad Nacional del Comahue. Portal de Derecho y Sociedad. Argentina. 2002.

90 David Weber. Borbones y Bárbaros. Centro y periferia en la reformulación de la política de España hacia los indígenas no sometidos. Anuario IEHS N° 2, en Sonia Fernández.

El Mapu es fundamental en el contexto de las costumbres, leyes y tradiciones de nuestro pueblo. No podemos separar Mapu y Wenu-Mapu. El orden natural y orden cósmico mantienen una reciprocidad mutua. Pero la tierra no pertenece al hombre, sino que el hombre a la tierra. Corresponde entonces ahora profundizar mucho mas en la búsqueda de nuestras propias costumbres, las leyes orales que regulaban y regulan nuestra convivencia colectiva y los elementos que conforman el derecho consuetudinario de la Nación Mapuche.

Las costumbres de los pueblos indígenas, aceptadas como práctica normal, por la opinión pública de la comunidad son en realidad una expresión de la soberanía cultural de un pueblo y por lo tanto al final de cuentas se trasforman en leyes orales de nuestro pueblo, que para nuestro caso son también recursos en la formulación de una legislación nacional e internacional de los pueblos indígenas.

CONCLUSION

El Constituyente de 1991 recogió el espíritu de las urgencias humanas de los pueblos indígenas, al darle valor político, al poner en el plano de lo público conceptos como el pluralismo, la diversidad, la cultura, la participación, el autogobierno, la discriminación positiva, el derecho al territorio, la jurisdicción especial indígena… Todas estas materias de discusión a lo largo de la historia de los últimos cinco siglos, constitutivos del Derecho Internacional o como clásicamente se ha llamado el derecho de gentes.

El derecho internacional y los pueblos indígenas siempre han estado en conflicto. El primero porque es el derecho creado por los Estados para regular sus formas de relacionarse y los segundos porque son culturas diferentes que luchan por mantenerse tal y como son, fieles a sus costumbres y tradiciones, y no ser integradas por las culturas mayoritarias que son las que hacen las normas.

Como consecuencia de esta situación, existe un gran vacío legal al respecto de cómo articular las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados porque no se acaba de entender muy bien quiénes son y qué quieren los pueblos indígenas. Los Estados no han entendido que entre las intenciones de estos pueblos no figura el interés por debilitar naciones, simplemente quieren ser respetados en sus tradiciones y prácticas culturales. Y ello indudablemente sí que entraña modificaciones legislativas. Pero no solo dentro de aquellos Estados en los que hay comunidades indígenas sino también a nivel internacional, porque estos pueblos son una realidad que está ahí, que también forman parte de la comunidad internacional, y que necesitan acabar de una vez con los vacíos jurídicos que existen.

El derecho internacional ha tardado quizás demasiado tiempo en tomarlos en cuenta. Ahora que se les reconoce como un grupo social necesitado de mayor protección que el resto, tal y como se afirmó en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, es el momento de colmar sus intereses y dotarles de un entramado jurídico acorde a sus culturas y tradiciones. Que asuma la visión comunitaria de la sociedad que poseen, que respete su estrecha conexión con la tierra que habitan, sus costumbres y tradiciones.

Así como el Convenio de Río o CDB (en Colombia Ley 165 de 1994), existen escasos instrumentos de Derecho Internacional que protegen los derechos de los indígenas, pero hoy como hace 500 años los gobiernos se niegan a su aplicación y los ven como simples formalismos, sin entender todavía el fondo social, cultural y humanitario que reviste estas protecciones, como ocurrió durante la negociación del TLC entre los Estados Unidos y Colombia, cuando se omitió de manera vergonzosa la aplicación correcta del Convenio 169 de la OIT en lo que respecta a la consulta previa.

IV. PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS PARA JUSTIFICAR LA PONENCIA

¿QUÉ ES LA BIODIVERSIDAD?

La diversidad biológica o biodiversidad es la variabilidad de todas las formas de vida presentes en un determinado ecosistema, en constante interacción, acicateo, neutralización o apoyo mutuo en la lucha por la sobrevivencia. Cuando esas formas de vida son conocidas y utilizadas para resolver alguna necesidad humana (de vivienda, vestido, alimentación, goce estético) se catalogan como "recursos" biológicos o bióticos. Dependiendo de las cualidades que se aprovechen de esos recursos, se subdividen en recursos orgánicos (por ejemplo, cuando se usan sus propiedades físicas como el arroz para comer), genéticos (cuando ese mismo arroz interesa por la información o las características de sus genes, o bioquímicos (cuando lo que importa de ese arroz es –y siguiendo con el ejemplo– su información molecular o la síntesis de sus propiedades)[91].

Por esas cosas paradójicas de la vida, los países templados de gran capacidad tecnológica e industrial, tienen escasa diversidad de plantas, animales y microorganismos materia prima de la biotecnología. En cambio, los países tropicales poseen la mayor variabilidad de elementos y recursos biológicos terrestres, acuáticos y marinos pero tienen escaso desarrollo industrial y tecnológico.

Es bien sabido que esa riqueza es muy buscada por los institutos de investigación y las empresas de los países templados para mejorar los cultivos agrícolas y para hacer exploraciones o "bioprospección" en la búsqueda de propiedades desconocidas a partir de las cuales puedan fabricar nuevos medicamentos y otros productos industriales. Sin embargo, "desconocidas" no es siempre el adjetivo adecuado porque muchas de esas propiedades han sido de alguna manera, descubiertas, utilizadas, protegidas y multiplicadas por las personas que viven cerca de las áreas boscosas y pantanosas, de los ríos y los mares tropicales. Sabiendo eso, el conocimiento tradicional de pueblos indígenas y comunidades locales, es apreciado por muchos bioprospectores como pista inicial para su trabajo, que les podría ahorrar muchos años de investigación[92].

LA VALORACION DE LA BIODIVERSIDAD

Los conocimientos tradicionales adquieren cada vez mayor posicionamiento, valor, e importancia. Es así como en el ámbito de la salud en el desarrollo de las medicinas se convierte, en un nuevo frente potencial económico para las comunidades indígenas. Igualmente es agenda temática en los escenarios políticos, comerciales y ambientales de Colombia, y de manera especial, de los países desarrollados. Este reconocimiento hace parte ya de negociaciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, y el Convenio de Diversidad Biológica, CDB, vigente desde 1994 del cual hacen parte 180 Estados del mundo, incluyendo Colombia y exceptuando Estados Unidos que no lo ha suscrito. Con ello, los conocimientos indígenas han adquirido nuevas y positivas connotaciones a la luz de los recientes procesos de valoración de la biodiversidad que los posiciona en contextos nacionales e internacionales.

Al suscribirse Colombia al CDB o Convenio sobre Diversidad Biológica –Ley 165 de 1994– el país se comprometió a evitar la reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas (contaminación, deforestación, etc.). Con este Convenio todos los estados se hacen responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos, pero como Estados Unidos no está obligado, puede convertirse en un depredador de nuestro país, sin que Colombia pueda hacer nada.

¿QUÉ ES EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL?

El conocimiento tradicional se refiere al conocimiento, innovaciones y las prácticas de comunidades indígenas y locales en el mundo entero. Desarrollado de la experiencia ganada a lo largo de los siglos y adaptado a la cultura local y el ambiente, el conocimiento tradicional es transmitido oralmente de generación en generación. Esto tiende a ser en conjunto poseído y toma la forma de historias, canciones, el folklore, proverbios, valores culturales, creencias, rituales, leyes de comunidad, la lengua local, y prácticas agrícolas, incluyendo el desarrollo de especie de plantas y clases de animal. El conocimiento tradicional es principalmente de una naturaleza práctica, en particular en tales campos como la agricultura, la industria pesquera, la salud, la horticultura y la silvicultura.

Su papel y valor: Hay hoy una apreciación creciente del valor de conocimiento tradicional. Este conocimiento es de valor no sólo a los que dependen de ello en sus vidas diarias, para la industria moderna y la agricultura también. Muchos productos extensamente usados, como medicinas basadas en plantas y cosméticos, son sacados del conocimiento tradicional. Otros productos de valor basados en el conocimiento tradicional incluyen productos agrícolas y no madera forestales, así como la artesanía.

El conocimiento tradicional puede hacer una contribución significativa al desarrollo sostenible. La mayoría de las comunidades indígenas y locales son situadas en áreas donde se encuentra en mayor número los recursos genéticos. Muchos de ellos han cultivado y han usado la diversidad biológica de un modo sostenible durante miles de años. Sin embargo, la contribución de comunidades indígenas y locales a la conservación y el empleo sostenible de

---

91 RODRIGUEZ, Silvia, Mexicano-Costarricense. Licenciatura en Trabajo Social. Universidad Nacional Autónoma de México (1970). Maestría en Sociología Rural. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/Universidad de Costa Rica (1980), Doctorado en Estudios del Desarrollo. Universidad de Wisconsin-Madison (1993), Autora de libros, capítulos de libros, artículos en revistas y ponencias. Invitada como oradora en seminarios, talleres y mesas redondas en Costa Rica y en distintos países de América, Asia, Europa y Africa, Membresía: -Consejo de la Revista Biodiversidad: Sustento y Culturas; Miembro de la Mesa Directiva de la Fundación GRAIN (Genetic Resources Action International) 1997-2004, Coordinadora 2000-2003; Red de Coordinación en Biodiversidad; Pensamiento Solidario.

92 RODRIGUEZ, Silvia, ídem.

diversidad biológica va lejos, más allá de su papel como gerentes de recurso natural. Sus habilidades y técnicas suministran la información de valor a la comunidad global y un modelo útil para la política de diversidad biológica[93].

Para precisar el concepto vale la pena tomar la definición contenida en el Convenio sobre Diversidad Biológica, que en su artículo 8° dice: *"Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente"*.

¿COMO SE RELACIONAN LOS SISTEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON LA BIODIVERSIDAD Y EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL?

La biodiversidad (o recurso biológico) es un bien que la naturaleza brinda a los hombres para que estos disfruten y puedan satisfacer sus necesidades. En esos recursos se encuentran los principios activos con lo cuales se preparan productos y procesos nuevos = inventos, que luego se patentan.

Mientras que las legislaciones han resuelto los derechos de los titulares de las patentes y demás derechos intelectuales, aún falta por establecer el sistema de derechos en torno de la biodiversidad y su conocimiento, sin los cuales no podrían obtenerse esos productos.

El Convenio de la Diversidad Biológica (Río '92) fue el primer documento internacional en tratar este tema; Entre otras cosas, el convenio: legitima a los países –en los cuales se origina esa biodiversidad– a administrar esos recursos y a disponer comercialmente de ellos. Ordena a esos países garantizar la participación (y el control) de las comunidades (pueblos) que conocen esos recursos y los utilizan y conservan desde siempre, en la aprobación de las prácticas comerciales de sus conocimientos y recursos dispone la distribución equitativa de los beneficios que los nuevos productos brinden entre esas comunidades[94].

IDENTIDAD CULTURAL

El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual

Está dada por un conjunto de características que permiten distinguir a un grupo humano del resto de la sociedad y por la identificación de un conjunto de elementos que permiten a este grupo autodefinirse como tal. La Identidad de un pueblo se manifiesta cuando una persona se reconoce o reconoce a otra persona como miembro de ese pueblo. La identidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento de un pueblo como "sí mismo". Hemos destacado el reconocimiento y posicionamiento creciente que viene otorgándosele en el mundo a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos, y lo que estos significan dentro del contexto cultural de los pueblos indígenas[95].

Si bien los capítulos dieciséis sobre Propiedad Intelectual en sus "Entendimientos respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales" y el Capítulo dieciocho Medio ambiente "*Las partes reconocen la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y práctica de sus comunidades indígenas y otras comunidades, los cuales contribuyen a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica"*[96], el proyecto de ley en esos mismos capítulos omiten un instrumento que delimite y regule el acceso a ellos.

En ese orden, el saber ancestral de estos pueblos indígenas puede ser apropiado por industrias norteamericanas que patenten esos recursos, limitando así las posibilidades del país, donde precisamente se originan estos recursos, de explotarlos, procesarlos, comercializarlos y exportarlos. Llegando incluso a que los indígenas tengan que pagar grandes sumas de dinero por consumir "algo que poco a poco obtenían directamente de la tierra".

FRENTE A LA EQUIDAD

¿Qué es la Equidad?

La equidad viene del aequitas, de aequus, igual. Tiene una connotación de igualdad social con responsabilidad y valoración de la individualidad, llegando a un equilibrio entre las dos cosas, la equidad es lo justo en plenitud. Dentro de un contexto similar puede significar también: Propiedad por la que la prosperidad económica se distribuye equitativamente entre los miembros de la sociedad[97].

Las exportaciones andinas a Estados Unidos están constituidas por productos basados en recursos naturales y su ingreso registra aranceles muy reducidos... De ahí que el interés de este País de suscribir un TLC con nosotros recae en la riqueza de nuestra biodiversidad que en el marco de un TLC que no contempla instrumentos que delimita y regula el uso de los recursos naturales, y por el contrario, evita todo tipo de restricciones a su acceso en todas las fases del proceso productivo, le es muy conveniente, como claramente lo significa el otorgar un trato nacional a la otra Parte: Capítulo dieciséis sobre Propiedad Intelectual: "*Con respecto a todas las categorías de propiedad intelectual cubiertas por este capítulo, cada parte deberá otorgar a los nacionales* de otras Partes un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales con respecto a la protección* y goce de dichos derechos de propiedad intelectual y cualquier beneficio derivado de dichos derechos"*[98].

Sumado a ello la participación de los beneficios o "distribución equitativa" que sólo reconoce el Tratado, lo traslada a la "posibilidad" de poder ser atendidos a través de contratos según se ha dispuesto en "Entendimientos respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales" así: *"...Las Partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimientos,* ***pueden ser adecuadamente*** *atendidos a través de* ***contratos*** *que reflejen términos mutuamente acordados entre usuarios y proveedores"*[99] (Negrilla fuera de texto).

En aras de lograr condiciones más equitativas Colombia debería exigir a Estados Unidos que adhiera al CDB con base en la Constitución Nacional, que dispone que *"El estado regulará el ingreso al País y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional"*[100], ya que definitivamente para Colombia una biodiversidad adecuada limita los efectos de determinados riesgos ambientales tales como el cambio climático o las plagas de parásitos. La diversidad es esencial para mantener la viabilidad a largo plazo de la agricultura y la pesca, y constituye la base de numerosos procesos industriales y de la fabricación de medicamentos nuevos. La conservación y la explotación sostenible de la diversidad biológica son indispensables para alcanzar un desarrollo sostenible, así como los objetivos del milenio parta el desarrollo relativos a la pobreza, la salud y el medio ambiente, preceptos que nos comprometimos como país defender en el CDB.

LOS RECURSOS BIOLOGICOS Y EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL PELIGRAN EN EL TLC

¿Cuál es la situación en Estados Unidos y en nuestro país en relación con la diversidad biológica y su normativa?[101]

• Estados Unidos, rico en tecnología, requiere nuestra biodiversidad cuyos productos luego puede controlar por medio de derechos de propiedad intelectual.

• Colombia, de gran biodiversidad, la transfiere legal o ilegalmente como materia prima y compra productos industrializados de Estados Unidos, perpetuando así la asimetría en el intercambio.

• Estados Unidos nunca ratificó el Convenio de Diversidad Biológica para no perder con este tratado ambiental lo que "tanto trabajo" les había dado conseguir en los acuerdos de la Ronda de Uruguay, ahora administrados por la OMC, en materia de patentes para sus invenciones biológicas y para sus adelantos tecnológicos.

• Colombia no sólo ratificó sino que fue de los primeros países en implementar el Convenio de Diversidad Biológica promulgando su ley de Biodiversidad.

• Según esta ley, los elementos y recursos bioquímicos y genéticos de la biodiversidad silvestre o domesticada **son de dominio público**. Es decir, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Pertenecen al pueblo colombiano

---

93 Programa Panamericano de Defensa y Desarrollo de la Diversidad biológica, cultural y social. ONG federada en FEDE~ONU. en la Argentina IGJ res. 000834/00. http://www.prodiversitas.bioetica.org/

94 Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, http://www.indigenas.bioetica.org/

95 Conceptos básicos de un estado plurinacional, Tomado de Llacta (es una organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo es ofrecer desinteresadamente un espacio en Internet para la difusión de la información y reivindicaciones políticas de los movimientos sociales y de todas las organizaciones indígenas ecuatorianas), http://www.llacta.org/organiz/coms/com62.htm

96 Artículo 18.10 literal 3.

97 Tomado de Wikipedia, la enciclopedia libre.

98 TLC artículo 16.1.8.

99 Anexo TLC: Entendimiento sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales, Capítulo 16.

100 Constitución Política, artículo 81.

101 El tratamiento de la biodiversidad en el tratado de libre comercio, RODRIGUEZ, Silvia. Licenciatura en Trabajo Social. Universidad Nacional Autónoma de México (1970). Maestría en Sociología Rural. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/Universidad de Costa Rica (1980), Doctorado en Estudios del desarrollo. Universidad de Wisconsin-Madison (1993).

y el Estado sólo pueden dar permiso de uso con la condición de que su control no salga de sus manos.

• En la Ley de Biodiversidad se regula, entre otras cosas, la forma cómo se otorgarán permisos de investigación básica, de bioprospección, y de aprovechamiento:

– Indicando los requisitos para conseguir el permiso de los dueños o administradores de los lugares en donde se realiza la bioprospección y la distribución de posibles beneficios.

– Condicionando y limitando el ingreso de los bioprospectores.

– Otorgando un derecho de impedir el ingreso de bioprospectores a los territorios indígenas si hubieran razones culturales, religiosas o económicas.

– Asegurando la protección del conocimiento tradicional.

– Asegurando la protección de los ecosistemas y recursos biológicos.

– Exigiendo al solicitante de patentes, la presentación del "certificado de origen" que da fe de que el bioprospector cumplió con todos los requisitos anteriores.

V. JUSTIFICACION DE LA PONENCIA

ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES:

1. Ciñéndose a los preceptos constitucionales que regulan las relaciones internacionales de Colombia con los demás países, y en especial los contenidos en los artículos 9° y 226 de la Constitución política, que señalan que aquellas deben fundamentarse en la soberanía nacional, en la autodeterminación de los pueblos, en la reciprocidad y conveniencia nacional, promoviendo la integración económica, social y política con los demás países, el Gobierno colombiano suscribió con el gobierno de los Estados Unidos un Acuerdo bilateral en razón a que este "forma parte de la estrategia de inserción en la economía globalizada"[102] y da impulso a "…la estrategia de desarrollo de Colombia" como una "pieza vital en el objetivo de crecimiento económico sostenido, necesario para reducir el desempleo y la pobreza a niveles tolerables"[103].

2. De acuerdo con el ordenamiento jurídico de nuestro país, se han cumplido los pasos de negociación correctamente, ya que el único que tiene la facultad Constitucional para celebrar convenios o adherir tratados internacionales es el Presidente de la República, pero pueden ser negociados por ministros plenipotenciarios, teniendo en cuenta que ellos se atienen a las instrucciones impartidas por el mandatario. Es clara la potestad del Presidente de la República para negociar tratados, tal y como lo contempla el artículo 189 de la Constitución Política cuando dispone que le corresponde al ejecutivo: "*2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso*".

3. Una vez el ejecutivo y sus negociadores han firmado un tratado internacional, este debe pasar a consideración de las dos Cámaras del Congreso, con el fin de que sea aprobado o improbado, como función constitucional consignada en el artículo 150, numeral 16 de la Carta Magna. El Congreso participa en la ratificación del tratado por medio de adopción de una ley aprobatoria, para que después el gobierno pueda hacer canje de notas y que entre en vigor el Tratado, no sin antes pasar las solemnidades que siguen en su creación para poder incorporarlas al derecho nacional, las cuales son: Negociación, firma, aprobación por el Congreso, Sanción de la ley que aprueba el Tratado, el Control previo de la Corte Constitucional, el canje de notas y la promulgación del Tratado. Hasta esta última formalidad, no se considera que exista pacto internacional sino proyecto de Tratado.

4. Cada Cámara somete por separado a análisis y debate el proyecto en las respectivas comisiones segundas (integradas en Senado por 13 miembros y en Cámara por 17), donde se tratan los asuntos internacionales. Una vez es aprobado el proyecto en Comisión, este debe ser sometido a segundo debate en la plenaria donde participa la totalidad de integrantes de Cámara y de Senado, respectivamente.

5. No obstante lo anterior el artículo 169 de la Ley 5ª de 1992 ha dispuesto que las Comisiones Permanentes homólogas de una y otra Cámara pueden sesionar conjuntamente, las cuales deben ser presididas por el Presidente de la Cámara Senatorial en razón al artículo 170 de la CN.

6. Los Tratados tienen unas formalidades que están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquí se manifiesta cuáles son los procedimientos para adherir. Sin embargo, es importante que tengamos en cuenta que cada tratado trae sus propias reglas para la adhesión y ratificación, por lo cual es importante que analicemos lo pertinente en cada Tratado.

7. En el análisis legal del Tratado es importante mencionar las asimetrías entre los dos países, en las instituciones relacionadas con el comercio y la administración de acuerdos; en la capacidad de cumplimiento y seguimiento; en las áreas ambiental, laboral, normas técnicas, sanitarias y fitosanitarias; supervisión del sector financiero; propiedad intelectual, etc. En el caso de Estados Unidos, la negociación de los TLC se hace en el marco del "*Trade Promotion Authority Act* (TPAA)" o "*Fast Track*", una ley que establece los lineamientos generales que deben seguir las negociaciones de tratados de libre comercio de ese país, con lo cual el Gobierno estadounidense tiene unos límites en su margen de acción que generalmente son fundamentales para la contraparte. En Colombia, no existe instrumento análogo y la negociación se realizó a discreción del Poder Ejecutivo y del equipo negociador.

8. Por otro lado, en el sistema jurídico norteamericano, el TLC es aprobado mediante una ley llamada la "Implementation Act" que le permite hacer algunas especificaciones sobre su aplicación a nivel interno y en relación con las leyes locales. La cláusula 102 de dicha ley, ha causado preocupación en nuestro país pues establece que las leyes ordinarias federales y estatales, prevalecerán sobre el Acuerdo[104]. El Congreso colombiano podría exigir al Gobierno Nacional el uso del artículo 23.2 de enmiendas o el artículo 31 de la Convención de Viena sobre interpretación de tratados, con el fin de precisar el alcance de algunos artículos sobre cuya redacción el Congreso no quede tranquilo.

9. En cuanto al derecho a la educación, con el TLC pasa de ser un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, a ser un servicio comercializable y de carácter privado, regido por las leyes de la oferta y la demanda; el Estado pierde la potestad de reglamentar la educación en materia de cobertura, universalidad, acceso, calidad y equidad; y el control en el diseño de políticas educativas, contrariando con ello el artículo 67 de la Constitución Política.

10. Aunque se han cumplido aspectos legales y constitucionales en la firma del TLC, es importante precisar que existen otros que no se han cumplido a cabalidad consignados en un precepto constitucional (artículo 330), otro legal (Ley 21 de 1991, OIT 169) y diferentes jurisprudencias de la Corte constitucional que han reconocido el derecho de las comunidades indígenas de ser consultadas obligatoriamente sobre cualquier intervención dentro de su territorio no solo respecto de actividades que impliquen extracción material de recursos naturales, sino las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos. Igualmente se ha dispuesto la obligación del gobierno de:

a) Consultar a los pueblos interesados, ***mediante procedimientos apropiados*** *y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*[105]*. (Negrilla fuera de texto);*

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otras índoles responsables de políticas y programas que les conciernan[106].

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas[107].

11. En ese orden de ideas se hace necesario reconocer que como lo dije antes que, **el conocimiento tradicional de pueblos indígenas y comunidades locales, es apreciado por muchos bioprospectores como pista inicial para su trabajo, que les podría ahorrar muchos años de investigación,** situación esta que nos exige para aprobar el TLC garantizar la consulta previa en las comunidades indígenas, que no aparece concertada dentro del documento firmado por el Gobierno colombiano y figura más como una formalidad que como una condición.

12. Hace apenas unas décadas, por la importancia de los productos bióticos para la alimentación y la salud del mundo, cualquier investigador, bioprospector o empresa podía entrar a nuestros países para recoger las muestras que

---

102 Introducción Proyecto de ley número 178, página 3ª.

103 Proyecto de ley número 178, página 4ª, numeral 2.

104 COMISION DE NOTABLES, Costa Rica, septiembre de 2005.

105 Artículo 6°, Convenio OIT 169, numeral 1.

106 Idem.

107 Artículo 6°, Convenio OIT 169, numeral 2.

deseaba sin pedir permiso al país respectivo o sin que mediara ningún acuerdo entre las partes en la distribución de beneficios. El abuso de unos países sobre otros y la necesidad de que hubiera una regulación internacional en este campo, llevó a 148 naciones a aprobar el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) puesto en ejecución en 1994. Allí se confirma la soberanía de cada país sobre sus recursos biológicos quienes por esa razón pueden definir cuáles son las condiciones impuestas para acceder a ellos, los términos de la distribución de beneficios y el respeto al conocimiento tradicional. Este convenio fue acogido por Colombia como la Ley 165 de 1994.

13. En el año 1995, se pusieron en ejecución los acuerdos de la llamada Ronda de Uruguay, que serían regidos por la Organización Mundial del Comercio (OMC) a la cual pertenecen un número de países parecido al CDB, entre ellos Colombia y Estados Unidos. El problema es que el comercio y la protección del ambiente y sus recursos tienen con frecuencia objetivos incompatibles; situación que se fue haciendo más evidente al irse implementando el CDB y los acuerdos de la OMC, entre ellos el de los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El TLC Estados Unidos-Colombia intensifica la lucha de esas contradicciones, lucha en la que parecen estar triunfando los objetivos.

ASPECTOS DE CONVENIENCIA

1. Si bien es cierto nuestro país no puede abstraerse de la globalización en la economía, también lo es que su riqueza real no es susceptible de ser medida en moneda por tratarse de intangibles tales como su diversidad genética y los conocimientos tradicionales de sus pueblos ancestrales.

2. No sería inteligente intentar negar la necesidad de interactuar comercialmente con el mundo, pero tampoco lo sería hacerlo sin límites y sin exigir garantías que nos permitan subsistir no solo en el mercado mundial sino en la humanidad.

3. Aunque la Constitución Política nos permite aprobar tratados internacionales, esta desde su preámbulo y en los artículos 9° y 227 muestra el especial interés en la integración Latinoamérica y del Caribe, por encontrar afinidades y desarrollos progresivos similares entre esos países y Colombia, a diferencia de lo que ocurre con los Estados Unidos, país desarrollado con el que difícilmente puede nuestra patria competir en materia industrial, tecnológica y comercial.

4. No estamos en igualdad de condiciones con Estados Unidos en el manejo de la biodiversidad, puesto que Colombia fue uno de los países líderes en la formulación del Protocolo de Cartagena en Bioseguridad y uno de los primeros países en firmarlo y aprobarlo mediante la Ley 740 de mayo 2002, así como partícipe del Convenio de Diversidad Biológica firmado en Río de Janeiro en 1992 (llamado también Convenio de la Tierra), convertido en la Ley 165 de 1994, mientras que Estados Unidos no los ha suscrito por lo cual no está obligado a acatar sus decisiones y recomendaciones, lo que nos deja en una eminente posición de riesgo, especialmente en lo que respecta a patentar organismos vivos y conocimientos de nuestros compatriotas.

5. Es claro que las prácticas humanas se producen antes que cualquier tipo de reglamentación jurídica y que su dinamismo permite generar una serie de relaciones sociales, económicas, de intercambios recíprocos de información y tecnología, que se orientan a obtener beneficios mutuos para los miembros de distintas comunidades y países, lo cual sin un referente jurídico internacional puede ocasionar fuertes asimetrías (ventajas y desventajas injustificadas) frente a las obligaciones y derechos de las partes que más temprano que tarde operarán como fuentes generadoras de conflicto y de desconfianza, con sus consecuentes efectos nocivos en el orden económico para los países amigos.

6. Justamente el Acuerdo suscrito por Colombia y Estados Unidos sobre promoción comercial, no es el instrumento idóneo para facilitar el cumplimiento de los importantes objetivos que lo animan y que ya se expusieron antes, porque no contempla de manera clara y equitativa las garantías que ofrece Estados Unidos frente al uso racional de nuestros recursos en materia de patentes, no solo del material genético sino de los conocimientos tradicionales de nuestras comunidades indígenas, lo cual además debió ser consultado previamente y utilizando procedimientos apropiados para evitar el desánimo de los interesados, cuando pudieran sentirse sin garantías, tal y como lo dispone el Acuerdo 169 de la OIT, al cual hice referencia bajo el título ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES numeral 10.

7. El capítulo laboral podríamos llamarlo como un acuerdo de buenas intenciones, pues recurre a la voluntad y a los mayores esfuerzos por hacer cumplir las legislaciones y disposiciones laborales internacionales, no media en esta declaratoria obligatoriedad de los estados al cumplimiento, más aún, deja claro que no hay relación entre las disposiciones estatales y el mismo tratado, cuando hay evidencia que lo segundo implicará cambios en la estructura social.

8. El enfoque laboral del acuerdo, tiene más fuerza en la cooperación y la capacitación entre los países para el apoyo y el mantenimiento de leyes que no hagan bajar los estándares laborales de los países, de manera tal que no se considere en esto una forma desleal de aprovecharse de condiciones laborales bajas para atraer la inversión.

9. El TLC no maneja un capítulo de sanciones particulares en cuanto a las violaciones laborales, y maneja un mecanismo sumamente engorroso para llegar hasta el mecanismo de solución de controversias.

10. El documento es recurrente en indicar que los reclamos o “consultas” las hacen “las partes”, aunque especifica cómo se recolectan las consultas no queda claro quién da el visto bueno para proceder a elevarlas al Consejo Laboral, pero lo que es evidente es que los reclamos no son para tender violaciones planteadas por organizaciones laborales, sino violaciones que atenten contra las normas del libre comercio.

11. En lo Agropecuario la negociación del TLC de Colombia con los Estados Unidos fue inequitativa. Mientras que los Estados Unidos mantuvieron su política de protección y estabilización a la agricultura a través de las ayudas internas a la producción, Colombia aceptó desmontar el Sistema Andino de Franjas de Precios y el Mecanismo Público de Administración de Contingentes para las importaciones originarias de los Estados Unidos: sus principales instrumentos de política comercial agropecuaria.

12. Complementariamente, no fue posible incluir en el Tratado un mecanismo sustituto del sistema de franjas de precios, como hubieran sido las medidas de salvaguardia de precios con vigencia durante la permanencia del Tratado o hasta que las ayudas internas distorsionantes de la producción y el comercio sean eliminadas en la OMC. No se incluyó una cláusula que permitiera revisar el programa de desgravación en el caso de que los Estados Unidos decidieran aumentar los niveles de las ayudas internas que actualmente otorgan a sus bienes agropecuarios.

13. Igualmente, los Estados Unidos excluyeron del programa de liberación productos especialmente sensibles para ellos y de particular interés para Colombia: el azúcar y los productos con alto contenido de azúcar no listos para el consumo, y no aceptaron exclusión alguna por parte de Colombia, lo que sí habían permitido a otros socios comerciales como Marruecos y los países centroamericanos.

14. Además, los Estados Unidos exigieron una cláusula de preferencia no recíproca, según la cual Colombia se comprometió a otorgarle cualquier preferencia adicional a la prevista en el TLC que pudiera concederle a cualquier país con el que adelante o profundice acuerdos comerciales a partir del 27 de febrero de 2006, cláusula que no se había incluido de manera generalizada para el sector agropecuario en ningún otro Tratado suscrito por los Estados Unidos, salvo el TLC con Perú.

Según lo anterior, existen argumentos de índole legal, constitucional y de conveniencia, que me hacen pensar que **no estamos** frente a un proyecto de ley **que goce del cumplimiento de todas las condiciones de ese orden**, para hacerlo viable a la vida jurídica de nuestro país, pues como está firmado no da las garantías que nuestro país requiere, garantías que eventualmente podrían producirse mediante enmiendas firmadas por los dos gobiernos, basados en lo dispuesto en el artículo 23.2 del TLC, posibilidad que explicaré cuando hable en la parte final de la ponencia, de las objeciones encontradas al mencionado artículo.

VI. OBJECIONES AL ARTICULADO DEL TRATADO.

En este **punto final de la ponencia**, centraré mis esfuerzos en analizar los aspectos negativos del articulado, por los cuales considero debe negarse la aprobación al proyecto de Ley 178 de 2006, a menos que se haga uso de las reservas del Congreso que pueden plasmarse posteriormente haciendo uso del artículo 23.2 sobre enmiendas, que lastimosamente el Gobierno Nacional manifestó a lo largo de los debates que no existía posibilidad alguna de aceptar modificaciones planteadas por los Congresistas.

CAPITULO I: DISPOSICIONES INICIALES Y DEFINICIONES GENERALES

En el artículo 1.3 se define que NACIONAL es una persona natural que tiene la nacionalidad de una parte según la normatividad de cada país, así:

EN COLOMBIA: Una persona natural puede ser colombiana por nacimiento o por adopción

EN EU: pueden adquirir la nacionalidad y convertirse en “nacional of the United States” siempre que se cumpla con las disposiciones existentes de la Inmigration and Nationality Act (ley de inmigración).

En cambio en el artículo 16.1.8 también será NACIONAL (para efectos del capítulo de propiedad intelectual) una **entidad** que cumpla con los criterios de elegibilidad para la protección establecida en:

• La Convención de Bruselas.

• El Tratado de Budapest.

• El Tratado OMPI sobre Derechos de Autor.

• El Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

• El Tratado sobre Derecho de Patentes.

• El arreglo de La Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales.

• El protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas.

Con estas dos definiciones de nacional, me preocupa que se esté pretendiendo dar el lugar de nacionales a empresas ubicadas en nuestro país y así burlar lo que ordena la Constitución Política de nuestro país, que expresamente ha definido en su artículo 96 que pueden convertirse en nacionales los extranjeras que tengan interés de seguir un procedimiento para ello y que cumplan con unos requisitos.

Se entiende que el propósito del pie de página del artículo 16.1.8 (trato nacional), pretende facilitar el acceso a la propiedad intelectual colombiana, por parte de personas que no lo son y de empresas que no pueden serlo. Pareciera que el pie de página buscara únicamente cumplir algún requisito exigido en los tratados internacionales sobre propiedad intelectual, pues si el interés fuera ser adoptados por Colombia (no creo en tal interés de los norteamericanos), solo tendrían que acogerse al ya citado artículo 96 de la C. P.

CAPITULO II: ACCESO A MERCADOS

ARTICULO Y ANEXO 2.18: Medidas de salvaguardia agrícola

"1. *No obstante lo dispuesto en el artículo 2.3*[108]*, una parte podrá aplicar una medida en la forma de un impuesto de importación adicional sobre una mercancía agrícola originaria listada en la lista de dicha parte al Anexo 2.18*[109]*, siempre y cuando las condiciones referidas en los párrafos 2° al 8° se hayan cumplido. La suma de cualquiera de estos impuestos de importación adicionales y de cualquier otro derecho aduanero sobre dicha mercancía no deberá exceder el menor de:… 2. Una parte podrá aplicar una medida de salvaguardia agrícola durante cualquier año calendario sobre una mercancía agrícola originaria si la cantidad de las importaciones de la mercancía durante dicho año excede el nivel de activación para dicho producto definido en la lista al Anexo 2.18"*[110].

"1. Para cada mercancía enumerada en la lista de la parte a este anexo, en el que el nivel de activación de la salvaguardia agrícola está establecido en dicha lista como un porcentaje del contingente arancelario ("contingente") aplicable, el nivel de activación en cualquier año deberá ser determinado multiplicando la cantidad dentro de la cota para dicha mercancía en el año correspondiente, como está estipulado en el Apéndice I de la lista de la parte del Anexo 2.3, por el porcentaje aplicable".

En las salvaguardias se admiten, desde el inicio de la desgravación, cantidades importadas sin aranceles (lo que en la jerga se conoce como contingentes). En la medida en que la desgravación se va dando, se van incrementando las cantidades correspondientes y, simultáneamente, van bajando los aranceles hasta llegar a cero.

La salvaguardia consiste en un arancel adicional que se aplica por tiempo limitado cuando las cantidades ingresadas de cualquier producto superan el contingente permitido y en otros casos también se 'dispara' cuando el precio baja de un mínimo establecido.

Cualquiera puede notar que este instrumento, en la parte que crece anualmente, convive con el sistema de exportación estadounidense al permitir volúmenes sin arancel que, como ya se advirtió, vienen transados al amparo del dumping. Es evidente que tales salvaguardias no equivalen al mecanismo de protección desechado.

"Los efectos en cada renglón se verán en las listas anexas donde se fijan las condiciones correspondientes, los porcentajes, los contingentes, los aranceles adicionales y el ritmo y plazo de la respectiva desgravación. Este método ocasiona una vulnerabilidad extrema a todo el sector, ya que por la alta elasticidad de sustitución entre los bienes agrícolas, en particular entre los propios cereales y entre las mismas oleaginosas, si se aplica una salvaguardia a un determinado artículo, los importadores podrán reemplazarlo por uno de sus sustitutos; un ejemplo notorio es el del maíz blanco y el amarillo. Puede ocurrir una situación aún peor: si el producto terminado o procesado se está desgravando con impuestos aduaneros menores que los de la materia prima, se impondría el ingreso del artículo para consumo final. Esto podría suceder, verbigracia, entre la papa precocida o industrial, papa doméstica, arroz blanco y arroz con cáscara; entre el trigo y las pastas alimenticias o el pan, y entre la soya o el sorgo y el alimento balanceado.

En síntesis, la protección al conjunto de la cadena se torna casi imposible y, al final, dicho procedimiento termina enfrentando a los distintos sectores nacionales por su supervivencia en el marco de una nueva 'ley de la selva': los industriales del arroz, con los comerciantes y, estos dos, con los productores; las industrias textiles y de confección con los algodoneros y los empacadores de granos con los procesadores, y así en un círculo vicioso que depredará la poca fortaleza que le resta a la agricultura colombiana"[111].

CAPITULO X: INVERSION

El capítulo X pretende liberalizar el funcionamiento y la operación de las inversiones e inversionistas, prohibiendo a los estados establecer cualquier requisito en su desempeño y obligando a los gobiernos a otorgar un trato no discriminatorio para las inversiones o inversionistas extranjeros, lo cual se asegura con el establecimiento de un mecanismo de controversias inversionistas-estado.

En este sentido el capítulo se aplica a las medidas que establezca un estado en materia de inversiones, fijando las obligaciones a empresas gubernamentales o autoridades gubernamentales delegadas por un Estado.

ARTICULOS 10.3, 10.4 Y 10.12

"Trato Nacional. *1. Cada parte concederá a lo* ***inversionistas*** *de otra parte un trato no menos favorable que el que le conceda… 2. Cada parte concederá a las* ***inversiones cubiertas*** *un trato no menos favorable que el que le conceda… 3. El trato concedido por una parte de conformidad con los párrafos 1° y 2° significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional conceda, en circunstancias similares, a los* inversionistas e inversiones de inversionistas de la parte de la que forma parte"[112]. (Negrilla fuera de texto)

"***Trato de nación más favorecida.*** *1. Cada parte concederá a los* ***inversionistas*** *de otra parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier parte o de un país que no sea parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio. 2. Cada parte concederá a las* ***inversiones cubiertas*** *un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier parte o de un país que no sea parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio"*[113] (negrilla fuera de texto).

Con el trato no discriminatorio a las inversiones extranjeras, se está negando la posibilidad de que las pequeñas economías colombianas puedan gozar de un trato especial y diferenciado[114] en virtud de las dramáticas asimetrías existentes con relación a la economía estadounidense. El TLC Colombia-EU va más allá de los planteamientos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) al introducir un trato idéntico para las inversiones, independientemente de su tamaño, capacidad competitiva y posicionamiento en el mercado.

El TLC además de introducir el principio de trato nacional, introduce el de trato de nación más favorecida. Ambos planteamientos buscan eliminar cualquier discriminación para las inversiones extranjeras, lo cual se traduce en la práctica en un tratamiento discriminatorio para las inversiones colombianas, que registran muy bajos niveles de competitividad.

El trato nacional otorga al inversionista[115] y a las inversiones cubiertas[116] un tratamiento no menos favorable que el otorgado a los inversionistas e inversiones cubiertas nacionales. Pero, además el capítulo otorga el trato de nación más favorecida[117] que consiste en un tratamiento no menos favorable

---

108 Eliminación arancelaria. Artículo 2.3. TLC Colombia-EU.

109 Anexo 2.18 Medidas de salvaguardia agrícola, notas generales. TLC Colombia-EU.

110 Artículo 2.18 numerales 1 y 2. TLC Colombia-EU.

111 Idem.

112 Artículo 10.3. TLC Colombia-EU.

113 Artículo 10.4. TLC Colombia-EU.

114 Principio según el cual la OMC concedería privilegios especiales a países subdesarrollados exonerándoles del cumplimiento de determinadas normas o concediéndoles un trato preferente.

115 10.3.1., TLC Colombia-EU.

116 10.2.2, TLC Colombia EU.

117 Artículo 10.4, TLC Colombia-EU.

que el otorgado a inversionista o inversiones cubiertas de cualquier otro país diferente a EU con quien Colombia firmó el TLC.

Los beneficios del capítulo podrán denegarse si el inversionista es de un país con quien el Estado no mantiene relaciones diplomáticas[118].

ARTICULO 10.9.

"Requisitos de desempeño. 1. Ninguna parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de una inversión de un inversionista de una parte o de un país que no sea parte en su territorio, imponer ni hacer cumplir cualquier requisito o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso de…" (Negrillas fuera de texto).

Este artículo se refiere a la prohibición a los gobiernos para definir políticas económicas nacionales.

La importancia de la Inversión Extranjera Directa (IED) en el crecimiento y desarrollo de los países industrializados[119] confirma que a partir de una estrategia de desarrollo nacional y con regulaciones efectivas para la instalación y funcionamientos de las IED, estas podrían contribuir a la creación de empleos dignos, transferencia de tecnología, generación de ingresos públicos y aportar a una situación favorable en la balanza de pagos; sin embargo, todas estas potencialidades ventajas de la IED se disipan en el marco del TLC Colombia-EU dado el sentido y contenido del capítulo 10, que expresamente prohíbe a los gobiernos establecer requisitos al desempeño de cualquier inversionistas extranjero.

El TLC Colombia-EU establece que ningún gobierno podrá imponer ni hacer cumplir a un inversionista o inversión extranjera una amplia gama de requisitos de funcionamiento, en una clara violación a la soberanía de los Estados, negando con ello el derecho a establecer sus propias políticas públicas en virtud de sus objetivos y prioridades nacionales.

A continuación detallaré las prohibiciones establecidas al Gobierno en materia de inversión, la cual surge de analizar el artículo 10.9, numeral 1:

Prohibiciones al gobierno	Implicaciones nacionales
Exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios, o alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional de los mismos. artículo 10.9.1 a) y b).	Se favorece la importación de productos (insumos y bienes de capital), afectando la producción nacional y la generación de empleo.
Comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio o adquirir mercancías de personas en su territorio. Artículo 10.9.1.c).	Se pierde la posibilidad de estimular la producción nacional y establecer una articulación entre la inversión foránea y el tejido productivo nacional.
Relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen y valor de exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con la inversión. Artículo 10.9.1.d).	No es posible incidir en la definición de los flujos transables por los inversionistas extranjeros de manera que se privilegie una relación favorable en los términos de intercambio nacionales. Se limita la inversión local de las ganancias obtenidas por los inversionistas extranjeros.
Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que una inversión produce y presta. Artículo 10.9.1.e).	Se limita la posibilidad de otorgar un tratamiento preferencial para las inversiones nacionales y facilita la posición dominante en el mercado doméstico de las inversiones extranjeras
Transferir a una persona en su territorio tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad (esta excepción está marcada por el Acuerdo de Propiedad Intelectual Aplicado al Comercio ADPIC). Artículo 109.1.f).	Imposibilita una de las ventajas teóricas de la Inversión Extranjera Directa (IED), consistente en el fortalecimiento de las capacidades nacionales a través de la transferencia tecnológica ("know how"*).
Actuar como proveedor exclusivo de los bienes que produzca o servicios que preste. Artículo 10.9.1.g).	Se deja vía libre para el manejo monopólico del mercado, pese al enunciado de "fomentar la libre competencia". Esto contribuye a una mayor concentración de los mercados nacionales, con el agravante que la inversión foránea tiende a incursionar en el área de los servicios públicos.

* Literalmente "saber hacer". Es un término oriundo de Estados Unidos de América, que a pesar de haber sido adoptado por todo el mundo, no tiene un significado univoco. Los franceses también lo llaman "savoir faire".

** Se refiere a todo el conjunto de experiencias y procedimientos que han sido adquiridos por un empresario en la explotación de su negocio y que le han permitido alcanzar un cierto exito en el sector.

ARTICULO 10.11

"Inversión y el Medio Ambiente. Nada en este Capitulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental".

En materia ambiental, el capítulo de inversión subordina la aplicación de cualquier medida ambiental a lo dispuesto por el TLC Colombia-EU en materia de inversión exigiendo que nuestro país, que es el que nos interesa, se obligue a legislar u omitir leyes a favor de los inversionistas, para favorecer sus intereses sin importar si estas van en detrimento del medio ambiente. Está primero el comercio antes que el medio ambiente.

Solo cuando las medidas del capítulo no constituyan restricción encubierta al comercio o inversión internacional, o no se apliquen arbitraria o injustificadamente (aunque en el texto del TLC no se definen los mecanismos para inferirlo) los requisitos de desempeño no se interpretarán en el sentido de impedir a una parte mantener medidas ambientales[120].

ARTICULO 10.28.

"Definiciones. Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la Asunción de riesgo. Las formas que adoptan una inversión incluyen:

(a) Una empresa;

(b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;

(c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;

(d) Futuro, opciones y otros derivados;

(e) Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;

(f) Derechos de propiedad intelectual;

(g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y

(h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda".

A mi juicio el TLC tiene el propósito de suprimir cualquier regulación por parte de los Estados a todas las inversiones o inversionistas extranjeros, por lo cual tiene mucho sentido introducir una amplia definición de inversión e inversionista, de manera que el capítulo se convierta en una "sombrilla" que otorga condiciones ideales para su funcionamiento a casi toda empresa o persona, en detrimento de la posibilidad de que la inversión extranjera pueda contribuir al crecimiento económico nacional.

Por inversionista se entiende una parte o una empresa del estado de la misma, o un nacional o empresa de la parte que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra parte[121]. Con esta definición se otorgan privilegios para todas las empresas y personas extranjeras con inversiones incluyendo aquellas que no han invertido pero que esperan invertir.

En la definición de inversión se incluye prácticamente todo: los activos propiedad de un inversionista o controlados por el mismo, que tengan características de inversión, tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las modalidades de la inversión abarcan una extensa multiplicidad de formas tales como: empresas, acciones, bonos, contratos, derechos de propiedad

118 Artículo 10.12, TLC Colombia-EU.

119 Ver: Chang, Ha-Joon (2002): Kicking hawai the Ladeer, Anthem Press, Londres.

120 Artículo 10.9.3c, TLC Colombia-EU.

121 Artículo10.28: Definiciones, TLC Colombia-EU.

intelectual, licencias, autorizaciones, permisos y derechos de propiedad tangible o intangible.

CAPITULO XU:[122] COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS

ARTICULO 11.1.6

"Este capitulo no aplica a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales en el territorio de una parte. Un "servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales" significa cualquier servicio no provisto sobre una base comercial ni en competencia con uno o más proveedores de servicio".

El Capítulo XI del TLC negociado por el gobierno de Uribe con Estados Unidos, denominado Comercio Transfronterizo de Servicios, representa la entronización de los postulados neoliberales en el ámbito de la educación superior y supedita la política en esta materia a los cauces del gobierno norteamericano.

En una comunicación de la delegación norteamericana al Consejo de Comercio de Servicios de la OMC en diciembre de 2000, relativa a los servicios de enseñanza superior terciaria, EE.UU. plantea que el objetivo de su propuesta "es ayudar a establecer condiciones favorables a los proveedores de servicios de enseñanza superior, enseñanza para adultos y capacitación, mediante la reducción de los obstáculos que se oponen a la transmisión de esos servicios más allá de las fronteras nacionales por medios electrónicos o materiales o al establecimiento y explotación de instalaciones (escuelas, clases u oficinas) para proporcionar servicios a los estudiantes en su país o en el extranjero" (OMC, 2001).

Lo primero que hay que desmentir es que a pesar de que el Ministerio de Educación Nacional ha difundido constantemente que la educación no es objeto de las negociaciones en el TLC, una lectura del aartículo (11.1:6), que se refiere al ámbito de aplicación del capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios, deja claro que la educación superior, aunque aparentemente es un servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales –evento en el cual no se le aplicarían estas normas–, no encaja dentro de la definición que hace el tratado de un servicio de este tipo para poder excluir los *servicios "no provistos sobre una base comercial ni en competencia con uno o más proveedores de servicio"*.

Ello es claro pues la permisividad y existencia de universidades privadas en Colombia hace que el servicio sea prestado sobre una base comercial y en competencia con uno o más proveedores, además de que el hecho de que la Ley 30 de 1992 establece que las universidades privadas deban ser corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria sin ánimo de lucro, no significa que su tráfico jurídico no esté regulado por el Código de Comercio, al igual que las universidades estatales incluidas y sujetas a la aplicación de una ley netamente comercial (artículo 1° de la Ley 550 de 1999).

ARTICULO 11.4.

"Ninguna parte podrá adoptar o mantener, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, medidas que: a) imponga limitaciones sobre…; o b) restrinja o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio" (negrillas fuera de texto).

En cuanto a lo definido por el Acceso al Mercado, *"ninguna Parte podrá adoptar o mantener, (...) medidas que impongan limitaciones sobre"* el número de proveedores de servicios, o la exigencia de una prueba de necesidades económicas, el valor total de las transacciones, el número total de las operaciones de servicios, la cantidad total de producción de servicios, el número total de personas naturales que puedan ser empleadas en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionados con él, bajo la forma de contingentes numéricos.

A la larga lista de gabelas, concesiones y garantías otorgadas por este capítulo del TLC a las multinacionales de la educación, se suma la pérdida definitiva de la autonomía universitaria.

En este aspecto se profundiza la imposición de los contenidos académicos y la pretendida estandarización que ya había iniciado el Decreto 2566, transfiriéndose la potestad de establecer los criterios para acreditar instituciones, definir los exámenes para la obtención de licencias de cualquier profesión, y las demás normas y criterios para obtener una licencia de proveedor de educación superior, a un Grupo de Trabajo Sobre Servicios Profesionales[123] (Capítulo 11, Anexo 11B:5), el cual contará con representantes de ambos Estados y "deberá establecerse a más tardar un año después de la entrada en vigor del Acuerdo" (Anexo 11B:10).

Si bien el registro calificado de los programas[124] seguirá otorgándolo el Ministerio de Educación, se hará sobre la base de lo definido por el Grupo de Trabajo, quien a su vez deberá reportar a una Comisión Vigilante del Tratado "sus progresos, incluyendo cualquier recomendación de iniciativas para promover el reconocimiento mutuo de estándares y criterios y el licenciamiento temporal, y sobre su direccionamiento futuro respecto a su trabajo, en un plazo no mayor a 18 meses después del establecimiento del Grupo de Trabajo" (Anexo 11B:9). Además, cualquier iniciativa sobre la materia hecha por el Ministerio de Educación o cualquier Institución de Educación Superior se someterá a revisión de la Comisión "para decidir si es consistente con las disposiciones de este Acuerdo" (Anexo 11B:3).

Queda claro en consecuencia que el Estado colombiano renuncia a decidir sus asuntos educativos soberanamente, le entrega a las poderosas multinacionales norteamericanas la facultad de moldear nuestro sistema educativo según sus requerimientos, y niega de una vez por todas el principio de la autonomía universitaria, en la lógica de lo que los académicos llaman "el amor al lucro", el cual "es ya un fenómeno de imposición a la universidad de reglas o pautas que le son ajenas. Según el amor al lucro, la universidad debe enseñar e investigar aquello que tenga demanda en el mundo del mercado" (Gaviria, 2004).

CAPITULO XVI: DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Uno de los temas que más debate ha generado es el de la propiedad intelectual y puedo señalar como puntos de controversia los siguientes:

1. La fijación del plazo de protección de datos de prueba.

2. Plazos distintos para la protección de datos de prueba para productos farmacéuticos y agroquímicos.

3. La aprobación de la adhesión al Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV).

4. La digitalización del registro de marcas sin previsión de fondos para el cumplimiento.

5. La imposibilidad de que instancias académicas evadan disposiciones tecnológicas y puedan ejercer, con fines educativos, la excepción de acceso libre a las obras digitales.

6. La duración del plazo de las patentes por atrasos de la administración.

7. Los alcances de la definición de "dominio público" con respecto a los productos farmacéuticos y agroquímicos sujetos a aprobación para la comercialización.

8. No hay plazo de transición entre la ratificación del TLC y la implementación de las nuevas reglas.

ARTICULO 16.1.

"Acuerdos internacionales.

2. Cada parte ratificará o adherirá a los siguientes acuerdos, a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo:

a) El Convenio sobre distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974);

b) El Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos para los fines del procedimiento en materia de patentes (1977) y enmendado en 1980;

c) El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), y

d) El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (1996).

3. Cada parte ratificará o adherirá a los siguientes acuerdos hasta el 1° de enero de 2008 o a la entrada en vigor de este acuerdo, cualquier a que sea posterior:

a) El trato de cooperación en materia de patentes (1970); y enmendado en 1979;

b) El Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994); y

c) El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) (1991).

---

122 Carolina Salazar Leal, Miembro del Centro de Estudios del Trabajo – Cedetrabajo – y de la Red de Acción frente al Libre Comercio y el ALCA, febrero de 2007.

123 • "Servicios profesionales, significa los servicios que para su prestación requieren educación superior especializada, adiestramiento, capacitación o experiencia equivalente, y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por una Parte, pero no incluye los servicios prestados por personas que practican un oficio o a los tripulantes de naves mercantes y aeronaves." (artículo 11:14 (c) del TLC)

124 • Según el artículo 22 del Decreto 2566, Registro Calificado es: "El reconocimiento que hace el Estado de las condiciones mínimas de calidad para el adecuado funcionamiento de programas académicos de educación superior. (...) Para poder ofrecer y desarrollar un programa académico de educación superior, se requiere contar con el registro calificado del mismo".

4. Salvo que se disponga algo distinto en el anexo 16.1, cada parte hará todos los esfuerzos razonables para ratificar o adherir a los siguientes acuerdos:

a) El trato sobre el derecho de patentes (2000);

b) El arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1999);

c) El protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1989)".

Según este artículo la aprobación del TLC **NO IMPLICA** única y exclusivamente la aprobación del TLC, sino que desde ya sin analizar ni debatir con seriedad los alcances, ventajas y desventajas de adoptar otros tratados internacionales, con la aprobación del TLC el Congreso estaría autorizando al Gobierno colombiano para que *adhiera* a estos 5 tratados internacionales que aun no son Ley en Colombia:

- La Convención de Bruselas (art. 16.1.2.a);
- El Tratado de Budapest (art. 16.1.2.b);
- El TLT o Tratado de Marcas (art.16.1.3.b);
- El PLT o Tratado sobre el Derecho de Patentes (art. 16.1.4.a);
- El arreglo de La Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales (art.16.1.4.b).

Así mismo se aprueba la *aplicación* de otros dos que tampoco han sido estudiados en el Congreso para convertirlos en ley nacional:

- El Arreglo de Niza relativo a clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas (art. 16.2.10. a y b);
- El UDRP Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (art. 16.4.1).

De los diez tratados adicionales a los cuales debe adherir nuestro país (Arts. 16.1.2., 16.1.3 y 16.1.4), ya son cinco de ellos y de los cuatro que manda aplicar (arts. 16.2.10 a) y b) y 16.4.1), son Ley dos de ellos, respectivamente[125].

Colombia terminó aceptando negociar en cuestiones que ya habían sido contempladas en el sofisticado sistema de protección a la propiedad intelectual en el que se ha desenvuelto como miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Nuestro país apuntó a mantener incólumes las obligaciones contraídas en el Acuerdo sobre los Asuntos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Pero como lo señala el profesor Madrid[126] *"en el proceso negociador fue evidente de que el margen de maniobra andino era bastante menor que el calculado y que Estados Unidos, siendo un país con profunda inclinación a seguir precedentes, no aceptaría variaciones dramáticas sobre lo negociado por ese país en TLC anteriores como el de Chile y países CAFTA".*

Uno de los asuntos álgidos es el de las marcas e indicaciones geográficas, en la que Colombia (de conformidad con su adhesión a lo estipulado en la CAN) ha seguido una tradición europea de privilegio de las indicaciones geográficas, así sean posteriores en el tiempo a las marcas.

En el caso en particular, Colombia sacrificó su postura tradicional, lo que provocó la siguiente reacción: *"Aquí Estados Unidos impuso su visión. Ese país ha considerado a las indicaciones geográficas como una anomalía europea y las protege por medio de las normas aplicables a las marcas. El asunto de la primacía de las dos figuras fue pleiteado en la OMC entre Estados Unidos y la Unión Europea con resultados no del todo favorables para aquel, y en el TLC el país del norte logró que en el evento de un conflicto, primase cualquiera de los dos signos que sea primero en el tiempo. La perspectiva europea y andina (en Propiedad Intelectual los andinos hemos seguido muy de cerca las normas europeas) privilegia las indicaciones geográficas, así sean posteriores en el tiempo a las marcas. En el TLC desaparece ese tratamiento de privilegio"* [127].

De tal forma, podemos concluir que el TLC introducirá reformas a las disposiciones de la CAN, lo que nos permite vislumbrar las dificultades de armonización legal y cultural en las que el país se ha desenvuelto en esta materia, más aún cuando se tiene en cuenta que Colombia en el tema de la propiedad intelectual ha negociado ante la OMC, la CAN, la OMPI, e incluso el TLC-G3 con México, una legislación en la materia, que lo ha dotado de *"una legislación robusta y estricta en Propiedad Intelectual, que en el sentir general, protege de manera suficiente los derechos de los titulares (creadores e innovadores) sin descuidar el derecho correlativo de los usuarios (que somos la mayoría)"*[128].

El autor previamente citado, establece que *"En conclusión, se puede reiterar que Colombia ya tiene un régimen robusto y balanceado en Propiedad Intelectual y que siendo este un asunto estratégico para Estados Unidos, ese país ha querido aprovechar la oportunidad del TLC para llevar nuestra legislación más en línea con su propia normativa e intereses"*[129].

Si el Congreso aprueba el TLC estará: **en primer lugar** comprometiendo la agenda legislativa, porque si dio vía libre al gobierno para adherir y aplicar tratados que aun no son Ley en nuestro país, no puede abstraerse a la obligación de estudiar los tratados en la legislatura ordinaria que se avecina, para cumplir con los plazos concedidos en el Tratado.

En **segundo lugar** estará atado a la obligación de aprobar los tratados en mención, aunque en el estudio se encuentren objeciones o temores, porque no podrá negarlos al existir una ley supranacional como el TLC en la que el mismo ente legislativo autorizó al gobierno para la adhesión, lo cual supondría un estudio previo. No podría el Congreso alegar desconocimiento de esos tratados para negarlos aunque sean lesivos para nuestro país, porque no habría explicación para haber aprobado un compromiso cuando se desconocían los efectos.

Mientras está en estudio el TLC con los Estados Unidos y teniendo en cuenta el compromiso de no "acelerar" la aprobación, mientras subsistan dudas, *propongo que se adelante un estudio de las implicaciones e impacto que podría tener cada tratado a ratificar*. Aquí lo importante es determinar los alcances y efectos de esos tratados y las posibles incompatibilidades con el ordenamiento superior, con las Decisiones 486 y 598, con la Ley 165 de 1994, con la Ley 21 de 1991 y con las demás normas garantistas en materia de Propiedad Intelectual, medio ambiente y conocimientos tradicionales. En primera instancia sabemos que algunos tratados son incompatibles con otros tratados ya suscritos por Colombia.

ARTICULO 16.2.2 y 16.2.4

"Marcas… 2. Cada parte dispondrá que las marcas incluyan las marcas colectivas y de certificación.

En este artículo queda claro el cambio de concepción aceptado por Colombia frente a lo que ha sido su práctica frente a la normatividad andina.

Uno de los asuntos álgidos es el de las marcas e indicaciones geográficas, en la que Colombia (de conformidad con su adhesión a lo estipulado en la CAN 486 artículo 201) ha seguido una tradición europea de privilegio de las indicaciones geográficas, así sean posteriores en el tiempo a las marcas.

En el caso en particular, Colombia sacrificó su postura tradicional, lo que provocó la siguiente reacción: *"Aquí Estados Unidos impuso su visión. Ese país ha considerado a las indicaciones geográficas como una anomalía europea y las protege por medio de las normas aplicables a las marcas. El asunto de la primacía de las dos figuras fue pleiteado en la OMC entre Estados Unidos y la Unión Europea con resultados no del todo favorable para aquel, y en el TLC el país del norte logró que en el evento de un conflicto, primase cualquiera de los dos signos que sea primero en el tiempo. La perspectiva europea y andina (en Propiedad Intelectual los andinos hemos seguido muy de cerca las normas europeas) privilegia las indicaciones geográficas, así sean posteriores en el tiempo a las marcas. En el TLC desaparece ese tratamiento de privilegio"*[130].

A ello hace referencia el artículo 16.2.4 cuando establece que el propietario de una marca registrada podrá impedir que surja una indicación geográfica, haciendo simplemente una referencia a "una probable confusión", lo que implica que un producto característico de determinada zona geográfica reconocido por su calidad podrá ser retirado del mercado, y su productor demandado, si alguien que cuenta con una marca similar encuentra en ello "una probable confusión" entre sus dos productos.

ARTICULO 16.9

En términos generales, el concepto original de la patente, consolidado hace más de un siglo, como un mecanismo de protección a los derechos del inventor, garantizando el libre acceso al conocimiento que respalda la invención, ha sido sustituido en épocas recientes por un complejo mecanismo de pesos

125 Leyes: **565** de 2000 (Tratado OMPI sobre Derecho de Autor 1996); **545** de 1999 (Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas 1996); **463** de 1998 (Tratado de Cooperación en Materia de Patentes 1970 y Enmendado en 1979); **243** de 1995 (el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales Convenio UPOV 1991); **170** de 1994 (ADPIC); **33** de 1987 (Convenio de Berna); **178** de 1994 (Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial 1967).

126 Madrid B., Luís Angel, Negociaciones de Propiedad Intelectual en el TLC con EEUU: proceso, resultados y algunos mitos, mayo de 2006, tomado de www.usergioarboleda.edu.co/TLC.

127 Madrid B., Luis Angel, Ob. Cit.

128 Madrid B., Luis Angel, La propiedad intelectual en el TLC, marzo de 2006, tomado de www.usergioarboleda.edu.co/tlc.

129 Madrid B., Luis Angel, Ob. Cit.

130 Madrid B., Luis Angel, Negociaciones de Propiedad Intelectual en el TLC con EEUU: proceso, resultados y algunos mitos, mayo de 2006, tomado de www.usergioarboleda.edu.co/tlc.

y contrapesos, no siempre evidente. La patente otorga a la invención un derecho de explotación monopolístico por un lapso fijo, en el contexto moderno, de veinte años. Desde una perspectiva del interés público, se deben procurar mecanismos que, frente a este monopolio de hecho, lo regulen. En este marco, para los países en desarrollo se vuelve fundamental buscar un equilibrio entre la protección de los posibles innovadores locales, y mecanismos que garanticen un adecuado acceso a innovaciones del ámbito internacional.

ARTICULO 16.9.1

"Patentes. 1. Cada parte permitirá la obtención de patentes para cualquier inversión, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este artículo, una parte podrá considerar las expresiones "actividad inventiva" y "susceptible de aplicación industrial" como sinónimos de las expresiones "no evidentes" y "útiles", respectivamente. 2. Nada en este Capítulo se entenderá como que impide a una parte excluir de la patentabilidad invenciones según se establece en los artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo de los ADPIC. No obstante lo anterior, una parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes, de conformidad con el párrafo 1°. Cualquier parte que otorgue protección mediante patentes a plantas o animales a la fecha o después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, deberá mantener dicha protección".

Inicialmente pareciera que esta disposición se ajustara a la legislación adoptada por Colombia en materia de Propiedad Intelectual[131], toda vez que establece: "*Cada parte permitirá la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial"*. No obstante, la segunda parte dice que: *"Para los efectos de este artículo, una parte podrá considerar las expresiones "actividad inventiva" y "susceptible de aplicación industrial" como sinónimos de las expresiones "no evidentes" y "útiles", respectivamente"*, situación que vale la pena analizar:

El pretender cambiar la interpretación de las expresiones entre comillas, modifica el sentido de la norma, y por consiguiente se crea una nueva situación que sí entra a reñir tanto con la Decisión 486 de la CAN como con el Acuerdo de los ADPIC, porque permitiría la patentabilidad de cierta materia que por no reunir los requisitos taxativamente establecidos en el ordenamiento, no se podría patentar. Es decir, cambiar las expresiones *"actividad inventiva"* por *"no evidentes"*, y *"susceptible de aplicación industrial"* por *"útiles"* es lo que vicia la disposición por dejar abierta la posibilidad de patentar todo. En el caso de la salud, esa alteración es la que permite la patentabilidad de usos y la de métodos terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos, hasta ahora prohibida de manera concisa en el artículo 20 numeral D de la Decisión 486 de la CAN, por lo que una vez más se estaría desconociendo el mandato supranacional y la legislación vigente.

En el artículo 16.9.1. Se estipulan las condiciones para la obtención de patentes:

"Artículo 16.9.1. Cada Parte permitirá la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este Artículo, una Parte podrá considerar las expresiones "actividad inventiva" y "susceptible de aplicación industrial" como sinónimos de las expresiones "no evidentes" y "útiles", respectivamente." (El subrayado es mío).

Las condiciones entonces son:

1. Una invención cualquiera, de producto o de procedimiento.
2. Que sea en cualquier campo de la tecnología.
3. Que sea una nueva invención.
4. Que entrañe una actividad inventiva susceptible de aplicación industrial.

Se habla entonces de una invención cualquiera, o sea que no esté patentada, de cualquier ámbito, susceptible de ser industrializada. En conclusión, CUALQUIER PRODUCTO NO PATENTADO, ES SUSCEPTIBLE DE SER PATENTADO. Esto quiere decir que todos los productos, actividades económicas y conocimientos ancestrales deben ser susceptibles de patentación por Colombia antes de entrar en vigencia el TLC, pues de lo contrario la otra parte –USA, estaría en DERECHO de patentar nuestra cultura en su totalidad.

En este aparte ha de tenerse bastante cuidado en el tema de la protección de nuestro patrimonio cultural, con base en lo dispuesto en los artículos 7°, 8° y 72 de la C. P.:

"Artículo 7°. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

"Artículo 8°. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación".

"Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica". (El subrayado es mío).

Es evidente la falta de protección de la identidad cultural por parte del Estado colombiano en el texto del TLC, sin hacer control alguno del acceso al patrimonio cultural de la nación y, por el contrario, dando luz verde para que en virtud de una equívoca interpretación literal de la norma, las generaciones venideras queden a merced de una marca patentada por una multinacional extranjera.

ARTICULO 16.9.2

Con este artículo se está impulsando la privatización de formas de vida superiores como son las plantas y sus variedades por medio de dos obligaciones incluidas en el Capítulo XVI de propiedad intelectual que van más allá de lo aceptado por Colombia en sus leyes nacionales y en otros acuerdos internacionales[132].

Considero que el TLC va más allá del ADPIC al establecer la posibilidad de una doble protección sobre plantas cuando determina que: *"…, una parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes"*[133]. Si los países no cumplen se enfrentan a la amenaza de sanciones tanto de la OMC como por lo establecido dentro del mismo TLC. Esta exigencia conduce a la privatización y monopolización de un bien de dominio común como es el principio de reproducción de las semillas o de cualquier otro material vegetativo que multiplique una planta o un árbol.

Así mismo es importante mencionar que el artículo 16.9.2. del texto del TLC habla de la "protección mediante patentes a plantas", hecho que en aparente defensa de los recursos naturales de nuestro país conlleva a la consecuente privatización de recursos naturales:

"Artículo 16.9.2. Nada en este Capítulo se entenderá como que impide a una Parte excluir de la patentabilidad invenciones según se establece en los artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo de los ADPIC. No obstante lo anterior, una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes, de conformidad con el párrafo 1°. Cualquier Parte que otorgue protección mediante patentes a plantas o animales a la fecha o después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, deberá mantener dicha protección". (El subrayado es mío).

Por su parte, el artículo 79 de la Constitución Política de Colombia habla el derecho al medio ambiente SANO, y reza:

"**Artículo 79.** *Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.* La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

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". (El subrayado es mío).

---

131 La Decisión 486 de la CAN dispone en su artículo 14: "*Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial*".
El artículo 27 numeral 1 del Acuerdo de los ADPIC reza: *"las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial"*

132 La Decisión 486 de la Comunidad Andina en su artículo 20, literal (C) establece que entre otros, no serán patentables: "**las plantas**, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos".
De igual forma el Acuerdo sobre los ADPIC, de la OMC consagra la misma exclusión de patentabilidad en el artículo 27 numeral 3 literal (b).

133 Texto TLC página 16-16.

Es evidente que el articulado del TLC vulnera de manera directa el contenido de la Constitución Política de Colombia, pues en su artículo 79 al decir que "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano" y que "La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo", recalca el medio ambiente como patrimonio del pueblo colombiano, perteneciendo a él las "plantas y animales" y demás recursos naturales renovables y no renovables, razón por la cual el hecho que se "otorgue protección mediante patentes a plantas y animales" o sea hacer de este recurso natural un bien susceptible de privatización mediante la patentación, EXPROPIA AL PUEBLO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA QUE TIENE SOBRE LA BIODIVERSIDAD.

De igual manera se excluye la posibilidad de re-apropiar los recursos naturales patentados por USA, al Estado colombiano, pues al decir en el articulado del TLC que cada parte "deberá mantener dicha protección" –de plantas y animales– en el ejercicio de tal articulado, da luz verde para que en ejercicio del principio de la buena fe, USA pueda "proteger" mediante patentes por TIEMPO INDEFINIDO los recursos naturales, sin restringirle su explotación de forma alguna.

El Estado colombiano, que no protege su biodiversidad de la privatización por patentación, y que permite la flagrante violación de los principios y derechos constitucionales, viola también el principio de la SOLIDARIDAD del Estado para con el pueblo colombiano y conlleva a la falla en el ejercicio del deber del Estado de cumplir con los fines del Estado Social de Derecho Colombiano, establecidos en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia:

"Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución…" (El subrayado es mío).

En concordancia con el artículo 79 de la C. P., se encuentran los siguientes:

Ley 12 de 1992, Ley 29 de 1992, Ley 99 de 1993, Ley 104 de 1993; artículo 4°, Ley 119 de 1994; artículo 2°; artículo 4°, Ley 139 de 1994, Ley 142 de 1994; artículo 14, Ley 241 de 1995, Ley 253 de 1996, Ley 295 de 1996, Ley 296 de 1996, Ley 388 de 1997; artículo 10; artículo 12; artículo 13; artículo 14; artículo 17, Ley 304 de 1996, Ley 306 de 1996, Ley 356 de 1997, Ley 357 de 1997 , Ley 430 de 1998, Ley 618 de 2000, Ley 629 de 2000, Ley 693 de 2001, Ley 720 de 2001, Ley 723 de 2001, Ley 746 de 2002, Ley 766 de 2002; Ley 768 de 2002; artículo 13, Ley 812 de 2003; artículo 36, Ley 885 de 2004, Ley 960 de 2005, Ley 981 de 2005, Ley 994 de 2005, Ley 1021 de 2006, Ley 1083 de 2006, Ley 1109 de 2006.

En concordancia con el artículo 2° de la C. P., se encuentran los siguientes:

Ley 104 de 1993; artículo 6°, Ley 80 de 1993; artículo 2°, numeral 3; artículo 3°; artículo 5°; artículo 26, Ley 241 de 1995; Ley 282 de 1996, Ley 322 de 1996, Ley 387 de 1997, Ley 388 de 1997; artículo 3°; artículo 4°; artículo 22; artículo 24; artículo 25; artículo 36; artículo 43; artículo 58; artículo 126, Ley 418 de 1997; artículo 6°, Ley 590 de 2000, Ley 720 de 2001, Ley 782 de 2002, Ley 814 de 2003, Ley 905 de 2004, Ley 975 de 2005, Ley 986 de 2005, Ley 987 de 2005, Ley 991 de 2005; artículo 1°, Ley 1106 de 2006

ARTICULO 16.9.6

"Patentes…6. (a) Cada parte dispondrá los medios para y deberá, a solicitud del titular de la patente, compensar por retrasos irrazonables en la expedición de la patente, restaurando el término de la patente o los derechos de patente. Cualquier restauración deberá conferir todos los derechos exclusivos de una patente sujetos a las mismas limitaciones y excepciones aplicables a la patente original. A efectos de este subpárrafo, un retraso irrazonable debería incluir al menos un retraso en la expedición de la patente de más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la parte, o tres años contados a partir de la fecha en que haya hecho la solicitud del examen de la patente, cualquier que sea posterior, siempre que los periodos atribuibles a acciones del solicitante de la patente no se incluya en la determinación de dichos retrasos".

El tema de la salud en relación con el acceso a los medicamentos, también es preocupante en el TLC, porque "el acceso a los medicamentos es un derecho y los derechos de las personas NO se negocian contra mercancías"[134].

Este artículo plantea adoptar la figura de la compensación en el término de la patente, contrariando la legislación interna vigente que establece 20 años de duración, por demoras tanto en el trámite de concesión de la patente ante la Oficina Nacional Competente (Superintendencia de Industria y Comercio), como en el trámite de autorización de comercialización del producto farmacéutico (que en Colombia se adelanta ante el Invima)[135]. A esto se refiere la expresión "compensación al titular de la patente por cualquier *retraso irrazonable*[136] en el plazo efectivo de la misma como resultado del proceso de aprobación de comercialización" utilizada en el texto del Tratado. Dicha compensación consiste en adicionar al término de protección inicial, el tiempo que se haya tardado el trámite de patente o el de registro sanitario por encima de determinado lapso establecido, siempre que el retraso se deba a causas no atribuibles al solicitante.

Esta disposición se hace en favor de los monopolios farmacéuticos, ya que les representa a ellos la ampliación del plazo en la exclusividad de la patente (alrededor de unos 5 o 6 años más), lo que se traduciría en beneficios económicos para ellos por la posibilidad de explotar el poder del mercado por un tiempo mayor –pasándose por encima de lo estipulado en la legislación interna– su producto, ocasionando de paso una crisis social para la inmensa mayoría de la población colombiana que debido a sus bajos ingresos no podrá acceder a estos medicamentos, por lo que su derecho a la salud e inclusive a la vida se vería comprometido y vulnerado.

Las patentes determinan los precios de los productos en el mercado lo que se explica en razón a que la exclusividad que otorga la patente produce el efecto de retrasar la entrada al mercado de los genéricos y, con ello, los beneficios que genera la competencia, como lo es la disminución en el precio de los productos[137]. Además, las compañías de genéricos que producen drogas cuyos derechos de propiedad intelectual han expirado, conforman una estructura muy competida donde hay una infinidad de empresas y muchos productores eficientes[138], lo que finalmente redunda en beneficios para la sociedad, en especial para aquellos que no tienen las posibilidades económicas de acceder a los medicamentos patentados.

En este punto podemos enmarcar también el sentido de la propuesta norteamericana de compensar el tiempo invertido en las demoras en el trámite de otorgamiento de la patente y de la aprobación para su comercialización. A mayor tiempo solos, mayores ingresos aprovechando los elevados costos de los productos.

Si bien "Colombia siempre ha sido un defensor de los derechos de propiedad intelectual porque es consciente de que el sistema de patentes es un mecanismo para incentivar la investigación y el desarrollo y, con ello, beneficiarse de las nuevas invenciones"[139], no debería negociarse bajo ninguna medida el derecho de acceso a los medicamentos y a la salud por parte de la población, porque "en todo caso no se trata de un problema de propiedad intelectual sino de acceso a los medicamentos, y ahí se encuentra el punto central de la cuestión, ya que los países con reducida capacidad de acceso a los medicamentos van a mantener esas condiciones de manera relativamente independiente de los acuerdos en propiedad intelectual"[140].

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) sostiene además, que en el caso de la población que está por fuera de algún sistema de seguridad, el efecto del aumento de costos implicaría no lograr acceso para tratar enfermedades, con consecuencias nefastas para la vida de los individuos[141], por ejemplo: en

134 Véase: VELÁSQUEZ, Germán, "Los TLC y el acceso a medicamentos esenciales" Disponible en: guajiros.udea.edu.co/fnsp/Documentos/Docencia/Memorias/Congreso/Velasquez.pdf

135 www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/Otros/Acceso_Medicamentos_TLC.php

136 Cabría cuestionarse el sentido de la frase *reducción irrazonable*, ya que parece que la irrazonabilidad está precisamente en la contradicción con el Acuerdo de los ADPIC, que en su artículo 33 establece de manera concreta que el término de vigencia de la patente es de 20 años que se empiezan a contar a partir de la presentación de la solicitud, y en ningún momento hace alusión a algún tipo de extensión en el plazo o compensación por la demora en proceso de aprobación de su comercialización.

137 Germán Holguín Zamorano de Misión Salud plantea que "los medicamentos genéricos abastecen en gran medida los mercados de los países andinos vinculados al TLC (En Colombia el 67%). Dependiendo de los estándares "ADPIC plus" que se establezcan en el tratado y de si se aplican o no retroactivamente, en algunas categorías todos los genéricos saldrían del mercado y en otras parcialmente, con el consiguiente daño a la sociedad" .Disponible en línea http://www.medicentro.com.co/OBSERVAMED/D2085-TLC-analisis-may04.htm#

138 FINK, Carsten, "El Acuerdo de los ADPIC, la Declaración de Doha y el Acceso a los medicamentos: lecciones recientes" en "La Propiedad Intelectual en los Tratados Comerciales", Pág. 105, Fundación Agenda Colombia, Bogotá 2005.

139 Enlínea:http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/Otros/Acceso_Medicamentos_TLC.php

140 ROSELL, Mónica, "Propiedad industrial y desarrollo. Derechos públicos vs. Derechos privados" en "La Propiedad Intelectual en los Tratados Comerciales", página 80, Fundación Agenda Colombia, Bogotá 2005.

141 En línea. Disponible en: http://www.col.ops-oms.org/noticias/2005/TLCimpactoensaludops.pdf

recientes estudios de IFARMA/OPS-OMS[142] se evidencia que podría darse un encarecimiento de los fármacos antirretrovirales para tratar los pacientes con VIH/SIDA que podría determinar ausencia de acceso para 3.000 pacientes con la enfermedad.

De otra parte, el Acuerdo sobre los ADPIC estableció que sus disposiciones se aplican a la totalidad de los miembros de la OMC y a todos los países que ingresen a la Organización. "*Es una ley internacional y está sujeta a las disposiciones de resolución de conflictos de la OMC.*"[143].

Por lo demás, es necesario hacer énfasis en el artículo 4° de la Declaración de Doha[144]:

"*Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos*".

Para concluir, el impacto jurídico y social que puede llegar a generar la aprobación del TLC entre Colombia y EE. UU., en materia de patentes de medicamentos, tal como está concebido, es bastante grande. Así pues, que en manos de Colombia está el deber –o para la magnitud del caso– la obligación de adoptar las medidas necesarias para la efectiva protección de la salud pública, siendo prioritario el acceso a los medicamentos para toda la población, y que con la aprobación del TLC por parte del Congreso de la República lo que se estaría ocasionando sería no solo una violación flagrante a la normatividad andina, cual es el caso de la Decisión 486 de la CAN, una especie de antijuridicidad formal, sino también un efectivo y real daño material, porque debido a las precarias condiciones económicas de la mayoría de la población colombiana la adquisición de productos farmacéuticos patentados sería casi un imposible y por tanto, se estaría atentado contra su salud, su integridad física y psíquica y por tanto su vida misma.

Al estipular en el literal a) la obligación de "compensar por retrasos irrazonables en la expedición de la patente", el articulado deja a libertad de interpretación la irrazonabilidad del retraso, o sea la causa por la cual se ha presentado un retraso; pero lo que sí deja estipulado es la duración de dicho retraso, pues un "retraso irrazonable deberá incluir al menos un retraso en la expedición de la patente de más de cinco años" a partir de la fecha de presentación de la solicitud, o de "tres años contados a partir de la fecha en que se haya hecho la solicitud del examen de la patente". Este literal muestra claramente la responsabilidad que debe asumir el Estado colombiano cuando aun por causas ajenas a la voluntad debe restaurar "el término de la patente o los derechos de patente" de la otra parte (el otro Estado-USA), acción que conlleva al detrimento de la libre competencia económica[145] y su protección por el Estado[146], cuya defensa debe se reglamentada mediante acciones populares para su protección.[147]

Esto sumado a que en el literal b) "con respecto a cualquier producto farmacéutico" que esté cubierto por una patente, el Estado colombiano se obliga a hacer "una restauración del plazo de la patente o los derechos de patente para compensar al titular de la patente por cualquier reducción irrazonable del plazo efectivo de la patente" en ocasión al proceso de aprobación de comercialización, debe restaurar TODOS los derechos exclusivos de la patente. Esto significa que debe reponerse el tiempo en el cual la patente dejó de salir a la vida comercial, aplazando de manera significativa el tiempo de exclusividad de la patente, pero en detrimento del acceso a los servicios de salud para la población, como es estipulado en el artículo 49 de la C. P.:

"*Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

…Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. "(El subrayado es mío).

Al permitir dilatar el tiempo de exclusividad de una patente, se dilata el tiempo en el que el fármaco ostenta exclusividad, exclusividad que se ve reflejada en el costo del mismo en el mercado, limitando su acceso a la población que lo necesita. De esta manera se viola el artículo 49 de la C. P., ya que el Estado no va a poder garantizar el "acceso a los servicios de protección y recuperación de la salud" con medicamentos que estén a la vanguardia en cuanto a investigación científica. De igual manera se ven violados el derecho a la asistencia y protección del Estado a la madre durante el embarazo y después del parto[148], el derecho fundamental de los niños a la salud (artículo 44 C. P.) recalcando que:

"*la familia, la sociedad y el ESTADO tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*" (El subrayado es mío).

Se entiende entonces que el Estado como representante de la sociedad y la familia, se hace responsable directo, social, política y económicamente por los daños que pueda causarse a la niñez Colombiana, cuando esta no pueda acceder a un medicamento patentado en enfermedades de alto costo, por ejemplo.

De igual protección gozan el adolescente[149] y las personas de la tercera edad[150], otorgándole al Estado Colombiano la misma responsabilidad de protección.

Pero eso no es todo, al restringir el acceso a los fármacos, se atenta contra el derecho a la vida[151], los principios de la dignidad humana, la solidaridad y el trabajo[152], atropellando los fines del Estado colombiano[153].

Teniendo en cuenta la cantidad y calidad de derechos fundamentales violados y la población afectada, las demandas contra el Estado serán cuantiosas, sumiendo al Estado en la necesidad de encontrar formas de sufragar esos gastos que bien pueden ser el incremento de la deuda externa mediante prestamos internacionales, y/o el incremento de impuestos.

El TLC confirma que la ciencia no está al servicio de la humanidad sino al servicio del lucro.

ARTICULO 16.9.7, 16.9.9, 16.9.10

"Patentes. 7. Cada parte no tomará en cuenta la información contenida en las divulgaciones públicas utilizadas para determinar si una invención es nueva, o tiene actividad inventiva, si la divulgación pública (a) fue efectuada o autorizada por, o deriva del solicitante de la patente y si (b) ocurrió dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la Parte.

8. cada Parte proporcionará a los solicitantes de patentes al menos una oportunidad de efectuar enmiendas, correcciones, y observaciones relativas a sus solicitudes. Cada Parte dispondrá que ninguna enmienda o corrección introduzca nueva materia dentro de la divulgación de la invención tal como fue presentada en la solicitud original.

9. Cada Parte dispondrá que la divulgación de una invención reclamada se considerará lo suficientemente clara y completa si proporciona información que permita llevar a efecto la invención por una persona diestra en el arte, sin experimentar indebida, a partir de la fecha de presentación y podrá exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud.

10. Con el fin de asegurar que la invención reclamada está suficientemente descrita, cada Parte dispondrá que la invención reclamada se considere suficientemente respaldada por su divulgación, cuando esa divulgación le indique razonablemente a una persona diestra en el arte que el solicitante estuvo en posesión de la invención reclamada, en la fecha de su presentación".

En ese sentido surgen controversias, por cuanto Colombia aceptó una variación a su régimen de protección de la información o datos de prueba, pues pasó de una garantía a la información no divulgada, a cuidar incluso de la

142 IFARMA/OPS-OMS, la Universidad Nacional y la Fundación FEDESARROLLO presentaron el 7 de julio de 2005 en Bogotá, en el foro organizado por la Academia Nacional de Medicina y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) tres estudios sobre el impacto del TLC en la salud de los colombianos.

143 FINK, Carsten, "El Acuerdo de los ADPIC, la Declaración de Doha y el Acceso a los medicamentos: lecciones recientes" en "La Propiedad Intelectual en los Tratados Comerciales", página 107, Fundación Agenda Colombia, Bogotá 2005.

144 Debido a la preocupación generada a partir de que el Acuerdo de los ADPIC pudiera socavar el acceso a los medicamentos en los países pobres fue necesario que en Reunión Ministerial de la OMC en el 2001 en Doha - Qatar, se elaborara la Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.
En línea: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm

145 Artículo 333 de la C. P.

146 Artículo 334 de la C. P.

147 Artículo 88 de la C. P.

148 Artículo 43 C.P.

149 Artículo 45 C. P.

150 Artículo 46 C. P.

151 Artículo 11 C. P.

152 Artículo 1 C. P.

153 Artículo 3 C. P.

información divulgada, pues como lo expresa el profesor Madrid *"la protección a datos de prueba se dará sin importar si estos son divulgados o no –hoy Colombia solo protege información no divulgada– y la protección de datos de prueba se extenderá a casos de aprobación por referencia del registro sanitario –el Decreto 2085/02 no regula la aprobación por referencia, toda vez que en este tipo de aprobaciones no se exige la presentación de los datos de prueba"*.[154]

Tal disposición se aúna a la de linkage[155], mencionada en el artículo 16.10.3, de forma tal que no podrían hacerse nuevos estudios por parte de terceros, de los que puedan derivarse nuevos métodos de uso, puesto que incluso la información divulgada para la solicitud de la patente es sujeto de protección, en una suerte de extensión de la protección al secreto industrial (que era el que venía brindando Colombia al garantizar únicamente la información no divulgada).

ARTICULO 16.10.3

"Medida Relacionadas con Ciertos Productos Regulados… 3. Cuando una parte permita, como condición para la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico, que personas, diferentes a la que originalmente presentó la información de seguridad o eficacia, se apoyen en la evidencia de la información de seguridad o eficacia de un producto que fue previamente aprobado, tal como la evidencia de aprobación previa de comercialización en el territorio de la Parte o en otro territorio, esa Parte deberá:..."

En estudio realizado por el profesor Luis Angel Madrid B.[156] es el del *linkage*, a través del cual el registro sanitario de un "método de uso" es atado a la patente, y obliga a la autoridad nacional a informarle al propietario de esta última de la identidad de aquel que intenta hacer valer una nueva utilización para un medicamento.

Con ello tenemos que una segunda empresa no podrá estudiar nuevas formas de utilización de un medicamento, derivando de ello mayores beneficios para el tratamiento de enfermedades. Este procedimiento implica un estancamiento en la investigación, puesto que toda nueva ventaja de un descubrimiento queda atada a la voluntad del propietario de una patente. No se niega el derecho de que alguien pueda patentar un descubrimiento, lo que alarma es que toda investigación que pueda descubrir un método de uso sería delictiva, por cuanto la disposición de este artículo hace propietario de todo nuevo método al original propietario de la patente.

CARTA DE ENTENDIMIENTO RESPECTO A BIODIVERSIDAD Y CONOCIMIENTOS TRAIDICIONALES.

Nada más contrario a lo que ha querido mostrar el Gobierno Nacional con esta carta, como protectora de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales, pues con ella tan solo:

- *Reconocen* su importancia.
- *Reconocen* la importancia de obtener el *consentimiento informado* de la *autoridad pertinente*, pero no se define qué es consentimiento informado ni cuál es la autoridad pertinente para el TLC en los territorios indígenas, por ejemplo.
- *Reconocen* la importancia de la *distribución equitativa* de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, lo cual es ambiguo porque *no es posible cuantificar* lo que equitativamente le correspondería al dueño del saber y los recursos, respecto del que los explota o utiliza, porque no existe unidad de medida para ninguno de los dos elementos que aportaría Colombia.
- *Reconocen* que el acceso y la distribución de los beneficios *pueden ser adecuadamente* atendidos a través de *contratos*, lo cual limita a una posibilidad (no obligación) y deja a la libre interpretación un término subjetivo como adecuado, pues lo que para los norteamericanos lo sea adecuado puede no serlo para nosotros y viceversa. Además por la existencia de contratos, que muchos mexicanos no pueden utilizar y comercializar productos propios debido a que han sido patentados por los E.U.

CAPITULO XVII: ASUNTOS LABORALES

Si bien en los acuerdos de la OMC estas obligaciones laborales no se han incluido debido a que en esa instancia se ha considerado que son suficientes las estipulaciones de la Organización Internacional del Trabajo en sus respectivos convenios y artículos constitutivos que cada estado debe haber acatado según lo que haya aprobado proveniente de esa Organización, los Estados Unidos sí lo han incluido en sus Tratados como parte de los esquemas de acceso preferencial para fomentar las importaciones provenientes de los países en desarrollo, así como de los acuerdos comerciales subregionales y bilaterales más recientes, tal es el caso del TLC con Colombia.

ARTICULO 17.2

"Aplicación de la legislación laboral.

1. (a) Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio ***de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo….***

2. Las partes reconocen que es ***inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la producción contemplada en su legislación laboral interna.*** *En consecuencia, cada parte procurará asegurar que no dejará de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de ora forma dejar sin efecto dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la observancia de los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el artículo 17.7,* ***como una forma de incentivar el comercio con otra parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio***

3. Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de otra parte". (Negrillas fuera de texto).

En el primer artículo de este capítulo (17.1) se acuerda entre Colombia y Estados Unidos un reconocimiento a la normativa internacional existente (OIT). Seguidamente de la aceptación se reconoce que los países no podrán, para su beneficio propio, hacer actos de *"acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este acuerdo"*. Le dejan la responsabilidad de cuidado de esta norma a los estados y el reconocimiento de que mediante esta acción "*es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna… como una forma de incentivar el comercio con otra parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio"*.

No obstante lo anterior, al final del texto se describe que *"Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra parte"*[157], lo cual deja sin soporte toda la retórica antes expuesta al libre albedrío de cada Estado, según sea su interés particular.

El Tratado plantea la aplicación de las regulaciones laborales de cada país, así como las reconocidas internacionalmente. Sin embargo, al referir lo laboral a los estándares ya existentes de cada país, se limita la posibilidad de mejorarlos o ampliarlos, lo que produciría de hecho, una "homologación hacia abajo".

Además al definirse un mecanismo de sanciones por incumplimiento de leyes laborales que hace responsable al Estado y no a los empresarios e inversionistas, no se generan obligaciones compartidas. Los compromisos laborales estipulados en el TLC representan para Colombia una muy seria obligación y responsabilidad y consecuentemente se hace indispensable fortalecer la capacidad del Estado colombiano para la vigilancia activa del cumplimiento de la legislación laboral local, que realmente no sé si estamos en capacidad de asumir sobre todo a sabiendas que en la actualidad muchas obligaciones laborales son evadidas por los empleadores, a través de disfrazar el tipo de contratación y pago aprovechando la necesidad de los trabajadores.

ARTICULO 17.3.6

"Garantías procesales e información pública.

…6. Cada parte dispondrá que las partes en tales procedimientos puedan ejercer acciones para hacer efectivos sus derechos según su legislación laboral. Tales acciones podrán comprender medidas como órdenes, multas, sanciones, o cierres temporales del os lugares de trabajo".

Este artículo, aduce a que cada Estado debe permitir una acción legal fluida y la necesidad de una información pronta en materia laboral y, en especial la necesaria transparencia en los procesos legales o judiciales en esta materia. Además, en este capitulo se detalla que, ante este tipo de violaciones (no-

---

154 Madrid B., Luis Angel, La salud pública y la discusión de Propiedad Intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos, mayo de 2006, Publicado originalmente en Signo Vital edición marzo abril 2006, tomado de www.usergioarboleda.edu.co/tlc.

155 Compensaciones por demoras en los trámites de patentes y agotamiento para solicitar protección en datos de prueba. El linkage es la información sobre el estado de una patente, que generalmente maneja la Superindustria

156 Madrid B., Luis Angel, Ob. Cit.

157 Artículo 17.2.3, TLC Colombia-EU.

prontitud, no transparencia, no procedimientos claros, etc.) las partes quedan facultadas para que, "*en tales procedimientos puedan ejercer acciones para hacer efectivos sus derechos según su legislación laboral. Tales acciones podrán comprender medidas como órdenes, multas, sanciones, o cierres temporales de los lugares de trabajo*".

Nuevamente se deja a la legislación interna de cada parte, evidenciando que, si para cierto tipo de violaciones no hay legislación, no habrá posibilidades de sanción. Este caso es típico, por ejemplo en algunos países las mismas disposiciones y acuerdos generales de la OIT son evidentemente anticonstitucionales, ya que la Carta Magna de algunos países tiene propuestas que hacen que los acuerdos no puedan ser aplicados en esos países.

ARTICULO 17.7

"Definiciones. Para los propósitos de este capitulo:

Legislación laboral significa leyes o regulaciones de una parte, o disposiciones de la misma, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

(a) El derecho de asociación;

(b) El derecho de organizarse y negociar colectivamente;

(c) La prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;

(d) Protecciones laborales para niños y menores, incluyendo una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y

(e) Condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacional."...

Los países beneficiarios del régimen de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) [158]deben cumplir, entre otros, con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, so pena de que sus beneficios arancelarios les sean suspendidos, ya que la Iniciativa dicha es unilateral por parte de los Estados Unidos. Los requisitos para poder acceder a esos mercados **son los mismos que están en los literales a) hasta e) del artículo 17.7**, sin embargo, es importante señalar que durante la vigencia de la ICC, a pesar de flagrantes incumplimientos y violaciones de la legislación laboral en varios países, no se han producido las sanciones previstas.

CAPITULO XVIII: MEDIO AMBIENTE

El Capítulo ambiental es un tema transversal en el Tratado, al que se alude en otros capítulos tales como el de inversiones, propiedad intelectual, servicios, medidas sanitarias y fitosanitarias, solución de controversias y excepciones generales, por tanto debemos analizarlo en concordancia con esos capítulos si realmente queremos encontrar las debilidades o fortalezas del Tratado en materia ambiental.

Nos preocupa de este capítulo, que el agua puede ser vista como un bien objeto de comercio, o como el impacto del convenio de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV) en patentes y acceso a recursos biológicos, o como que los acuerdos alcanzados en cuanto a protección de la biodiversidad carecen de fuerza. Este Capítulo excluye la legislación nacional y específicamente leyes como la 165 de 1994 (CDB) pasan a ser consideradas como legislación comercial.

Estamos de acuerdo con que el TLC debe proteger el ambiente sin que ello signifique una obstaculización del comercio, es decir estimular el comercio minimizando los impactos ambientales. La distinción entre medio ambiente y comercio se debilita ante la visión de que el TLC es un tratado más amplio que va más allá de lo comercial, al incorporar elementos tales como las inversiones o la cooperación internacional, que por conveniencia debieron constituir tratados separados. Esto se evidencia al comparar los alcances del capítulo ambiental con el de protección a los derechos de propiedad intelectual. Éste último obliga al país a respetar acuerdos existentes (OMC) y a suscribir nuevos (UPOV) lo cual no se obliga en el capítulo ambiental, que deja por fuera convenios internacionales ambientalistas tan importantes como el de Biodiversidad y el de Cambio Climático.

ARTICULO 18.2

"Aplicación y observancia de las leyes ambientales.

1. (a) Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción, sostenido o recurrente, de manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este acuerdo. (b) Las partes reconocen que cada parte mantiene el derecho a ejercer su discrecionalidad respecto a asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, regulación y observancia de las normas, y a tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se les haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las partes entienden que una parte está cumpliendo con el subpárrafo (a), cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de ***buena fe*** *respecto a la asignación de recursos" (*negrillas fuera de texto*).*

El artículo 18.1 contiene las disposiciones en materia ambiental comienza con un subtítulo denominado: *niveles de protección* y se limita a que cada una de las partes aplique de manera eficaz su propia legislación. No se desprende del artículo ni taxativamente ni por interpretación, el establecimiento de responsabilidades claras, concretas y objetivas al respecto.

El único llamado que se hace es que se respete la legislación de cada Parte existente, no son señaladas unas responsabilidades claras en esta materia. No obstante, podría presentarse una aparente paradoja con el análisis del artículo 18.1; engañosamente el artículo realiza una exhortación encaminada a la protección del medio ambiente, sin embargo, debe interpretarse este numeral 2 en conjunto con el numeral 1 literales a) y b) del mismo artículo 18, en razón a que antes de hacer referencia a la protección ambiental, manifiesta el tratado, en el señalado 1 a), que las Partes *no dejarán de aplicar su legislación ambiental a través de la acción o inacción*, en cuanto la discrecionalidad para la regulación y aplicación en materia de normas ambientales; interpretamos este artículo como la producción de nuevas normas, *por acción*, y *la inacción*, el desconocimiento de las ya existentes, que puedan poner en peligro las relaciones comerciales.

En otras palabras, este artículo señala que si bien, los Estados Partes deberán garantizar la eficacia de su legislación ambiental no podrán proferir nuevas normas, que atenten contra los intereses comerciales. En ese sentido, se debe tener en cuenta que este artículo se relaciona de manera directa con el artículo 10.11 del capítulo de inversiones.

Situación que se hace explícita en el literal 1 a), el cual presenta una condición al final, respecto a la imposibilidad para los Estados Partes de realizar cambios después de la entrada en vigor del tratado.

Por tanto, la legislación existente en cada Estado Parte, obviamente, debe ser acatada y cumplida de manera eficaz, no obstante, las nuevas normas proferidas por dichos Estados no podrán afectar las relaciones comerciales, objeto y fin del tratado, a pesar de que el preámbulo del TLC señale lo contrario al hacer alusión al "uso sostenible".

Conviene precisar que Estados Unidos, a diferencia de Colombia, posee una legislación en materia ambiental bastante amplia[159] y que responde a la planeación estratégica de conformidad con su política de seguridad nacional, al análisis del riesgo, desde luego sustentado en la investigación; es así, como la EPA o USEPA por sus siglas en inglés, es la Agencia de Federal del Gobierno Norteamericano para la Protección Ambiental, allí se encuentran las leyes

158 La Iniciativa para la Cuenca del Caribe, conocida también por sus siglas en inglés CBI (Caribbean Basin Initiative) es un programa del Gobierno de los Estados Unidos para promover el desarrollo económico de la región, a través de la entrada exenta del pago de impuestos arancelarios en territorio americano, de la mayoría de los productos procedentes de la región. Su puesta en ejecución data del mes de enero de 1984, con una duración de 12 años, disposición esta que fue modificada por la ICC II, adquiriendo carácter permanente, a partir de agosto de 1990.

159 Aire: 1955 - Air Pollution Control Act PL 84-159; 1963 - Clean air act PL 88-206; 1965 - Motor Vehicle Air Pollution Control Act PL 89-272; 1966 - Clean Air Act Amendments PL 89-675; 1967 - Air Quality Act PL 90-148; 1969 - National Environmental Policy Act PL 91-190; 1970 - Clean Air Act Extension PL 91-604; 1976 - Toxic Substances Control Act PL 94-469; 1977 - Clean Air Act Amendments PL 95-95; 1990 - Clean Air Act Amendments PL 101-549; Agua: 1948 - Water Pollution Control Act PL 80-845; 1965 - Water Quality Act PL 89-234; 1966 - Clean Waters Restoration Act PL 89-753; 1969 - National Environmental Policy Act PL 91-190; 1970 - Creación del National Oceanic and Atmospheric Administration; 1970 - Water Quality Improvement Act PL 91-224; 1972 - Water Pollution Control Act PL 92-500; 1974 - Safe Drinking Water Act PL 93-523; 1976 - Toxic Substances Control Act PL 94-469; 1977 - Clean Water Act PL 95-217; 1987 - Water Quality Act PL 100-4; Suelo: 1964 - Wilderness Act PL 88-577; 1968 - Scenic Rivers Preservation Act PL 90-542; 1969 - National Environmental Policy Act PL 91-190; 1970 - Creación de la Agencia de Protección Ambiental; 1970 - Wilderness Act PL 91-504; 1977 - Surface Mining Control and Reclamation Act PL 95-87; 1978 - Wilderness Act PL 98-625; 1980 - Alaska Land Protection Act PL 96-487; 1994 - California Desert Protection Act PL 103-433; Especies en peligro de extinction; 1946 - Coordination Act PL 79-732; 1966 - Endangered Species Preservation Act PL 89-669; 1969 - Endangered Species Conservation Act PL 91-135; 1972 - Marine Mammal Protection Act PL 92-522; 1973 - Endangered Species Act PL 93-205; Residuos peligrosos; 1965 - Solid Waste Disposal Act PL 89-272 ; 1969 - National Environmental Policy Act PL 91-190; 1970 - Resource Recovery Act PL 91-512; 1976 - Resource Conservation and Recovery Act PL 94-580 ; 1980 - Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act ("Superfund") PL 96-510; 1982 - Nuclear Waste Repository Act PL 97-425; 1982 - Hazardous and Solid Wastes Amendments Act; 1986 - Superfund Amendments and Reauthorization Act PL 99-499

divididas por temas (agua, aire y suelo) que protegen la salud humana y el medio ambiente[160], así como las decisiones en materia de biodiversidad.

En suma, este artículo del tratado conmina a que se cumpla estrictamente con lo que se tiene, en otras palabras, se busca establecer obligaciones que no impliquen exceder la legislación ambiental nacional de cada una de las Partes.

El texto "de buena fe" contenido en este literal (b), nos da base para creer que estamos firmando un compromiso de aparente protección del medio ambiente, que bien podría ser más bien una amenaza contra él, porque en esa frase podrían encontrarse excusas para no aplicar u observar normas ambientales.

ARTICULO 18.13

"Definiciones. Para efectos de este capítulo: legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la ***protección del medio amiente o la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal,*** *mediante…*

*a) La prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; b) el control de sustancias o productos químicos, materiales y desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ellos; o c) la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su habitat y las áreas naturales bajo protección especial": (*Negrilla fuera de texto).

Define "legislación ambiental" como aquella *"...cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o a la prevención de un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal"*[161], pero acto seguido la circunscribe a tres ámbitos:

a) Los contaminantes ambientales (prevención, reducción o control);

b) Los productos químicos y desechos tóxicos peligrosos; y

c) La protección o conservación de la flora y fauna silvestre.

Según este artículo se excluyen tácitamente las leyes, decretos o resoluciones cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, entre otras cosas. Queda claro entonces que, para este Tratado, la relación de la sociedad con la naturaleza para extraer y aprovechar los recursos comercialmente, no es un proceso que deba ser cuidadosamente vigilado. "¿Qué no es esa actividad humana la acción que más genera problemas ambientales –especialmente en una sociedad de consumo como la nuestra– primero cuando se extraen los recursos (agua, hidrocarburos, minerales, recursos bióticos, etc.), y enseguida cuando en su proceso de industrialización y comercialización se generan desechos y polución?"[162].

La Ley 165 de 1994 en cambio, sí incluye como parte de la política ambiental temas cruciales como la conservación y uso del agua, la soberanía sobre la gestión y uso de la diversidad biológica, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos, pero .... El TLC tendría supremacía sobre ella y sobre todas las demás leyes específicas teniendo entonces que ajustarse a sus postulados.

CAPITULO XXVIII: DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 23.2. ENMIENDAS.

"1. Las partes podrán convenir cualquier enmienda a este acuerdo.

2. Cuando así se convenga, y se apruebe según los requisitos legales de cada parte, una enmienda constituirá parte integrante de este acuerdo y entrará en vigor en la fecha en que las partes así lo acuerden".

La **re**negociación bilateral como tal, no es posible. Por tanto lo único que le queda a Colombia para proteger sus intereses es que el Gobierno en el evento que el Proyecto 178 de 2006 sea aprobado, haga uso de este artículo por sugerencia de esta ponencia para que mediante escritos enmiende el TLC y aclare los alcances de los temas sobre los cuales tenemos temores reales que fueron demostrados en este escrito.

Todavía caben dos posibilidades para evitar mayores daños a los colombianos:

1. Bajo lo dispuesto en el artículo 23.2, se estipula que las Partes, en acción conjunta, podrán convenir cualquier enmienda al Tratado, y cuando cada una haya cumplido con los requisitos legales respectivos y todas hayan hecho el depósito del respectivo instrumento contentivo de la enmienda, entonces esta constituirá parte integrante del Tratado y entrará en vigor en la fecha en que el Depositario la notifique. Esta posibilidad requiere de una activa diligencia diplomática del Estado proponente de la enmienda, ya que la gestión respectiva debe hacerse mediante acciones diplomáticas directas, bien planteadas y coordinadas por la parte proponente. **La pregunta es**: ¿Está el Gobierno colombiano interesado en las enmiendas que proponemos los pocos congresistas interesados en ellas, que además tenemos el INRI de ser de la oposición?

2. La otra posibilidad, bilateral y de carácter muy limitado, estriba en la utilización de lo dispuesto en el artículo 31, inciso 2° de la Convención de Viena[163] en forma de Cartas Anexas al texto del Tratado. Dichas Cartas tienen valor jurídico como instrumentos referentes al Tratado y se deben incorporar al mismo bajo el tenor de lo dispuesto en el citado artículo de la Convención. Por tanto, cabría la negociación de uno o más puntos dudosos del texto por medio de cartas de este tipo siempre que cumplan con el propósito de lo dispuesto en dicho artículo y se lean como parte del contexto del TLC.

Por lo antes expuesto y teniendo en cuenta que el Gobierno y algunos sectores del Congreso no ven viable la aprobación parcial del Tratado a través de declaraciones interpretativas (que las contempla la convención de Viena), tengo que decir que **PRESENTO PONENCIA NEGATIVA** frente al Proyecto de ley número 178 de 2006, por encontrar que falta el cumplimiento de algunas disposiciones de orden legal y constitucional, además de encontrar serios reparos a la conveniencia del tratado.

Con base en las consideraciones anteriores, me permito proponer a los miembros de la plenaria del Senado, la siguiente

Proposición

Archívese el Proyecto de ley número 178 de 2006 Senado, *por medio de la cual se aprueba 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.

Jesús Enrique Piñacué Achicué,

Senador Ponente.

---

160 http://www.epa.gov/espanol/index.htm, Agencia para la Protección Ambiental, página consultada, febrero 2007.

161 Texto TLC página 18-11.

162 RODRIGUEZ, Silvia. Licenciada en Trabajo Social. Universidad Nacional Autónoma de México (1970), Maestría en Sociología Rural. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/Universidad de Costa Rica (1980), Doctorado en Estudios del Desarrollo. Universidad de Wisconsin-Madison (1993).

162 Interpretación de los tratados. 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2007