

RELACIONES ENTRE EL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE COLOMBIA CON ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ACUERDOS
MULTILATERALES AMBIENTALES*

RELATIONS BETWEEN THE FREE TRADE
AGREEMENT OF COLOMBIA WITH THE UNITED
STATES OF AMERICA AND THE MULTILATERAL
ENVIRONMENTAL AGREEMENTS

MANUEL JOSÉ GARCÍA-MARTÍNEZ**

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2009

Fecha de aceptación: 15 de abril de 2009

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Manuel José García-Martínez, *Relaciones entre el tratado de libre comercio con Estados Unidos de América y los acuerdos multilaterales ambientales*, 14 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 133-161 (2009).

* Artículo de reflexión, producto del grupo de investigación en Derecho Ambiental, de la Universidad del Rosario.

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario con especialización en Estudios Europeos de la misma Universidad. Inició estudios de doctorado en Derechos Humanos en la Universidad de Salamanca. Actualmente, se desempeña como docente en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y en el Programa de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Igualmente, se ha desempeñado como asesor de la línea de investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario.
Contacto: manueljosegarcia@yahoo.com.

RESUMEN

Este artículo de investigación surgió a raíz del estudio que realiza la línea de investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario, en el proyecto de conflictos ambientales aplicados a decisiones internacionales. Uno de los temas abordados en esta investigación es el análisis de las relaciones entre los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y el Tratado de Libre Comercio o Acuerdo de Promoción Comercial que firmaron Colombia y Estados Unidos de América (TLC COL-EUA), con el objeto de determinar las normas aplicables y los conflictos que pueden presentarse entre estos tratados. El trabajo analizará el marco jurídico del derecho comercial internacional y ambiental, las normas ambientales aplicables al TLC y la interpretación de los diferentes tratados, para identificar los principales problemas, así como los posibles mecanismos para la solución de los conflictos.

Palabras clave autor: Medio ambiente, Tratado de Libre Comercio, Acuerdo de Promoción Comercial, Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA).

Palabras clave descriptor: Tratado de Libre Comercio, derecho ambiental internacional, obligaciones internacionales.

ABSTRACT

This article is the result of a study carried out by the Environmental law Research Area of Universidad del Rosario, within the project of environmental conflicts applied to international decisions. One of the topics discussed in this research is the analysis of relationships between Multilateral Environmental Agreements (MEAs) and the Free Trade Agreement, or Trade Promotion Agreement, which was entered into by Colombia and the United States of America (Col-USA FTA) with the purpose of determining the applicable norms and the possible conflicts that may arise between these treaties.

The work will analyze the legal framework of international and environmental commercial law, environmental norms applicable to the FTA and the construction of the various agreements, so as to identify the main issues and the possible mechanisms to solve conflicts.

Key words author: *Environment, Free Trade Agreement, Trade Promotion Agreement, Multilateral Environmental Agreements (MEAs).*

Key words plus: *Free Trade Agreement, International Environmental Law, International obligations.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. MARCO JURÍDICO EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.- A. GATT.- B. Organización Mundial del Comercio.- C. Acuerdos comerciales celebrados por Colombia.- D. TLC COL-EUA.- II. MARCO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL.- A. Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA).- B. Normas de Derecho Internacional ambiental aplicables al TLC.- III. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.- A. Reglas de interpretación del derecho internacional.- B. Jerarquía de los tratados a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.- C. Solución de controversias.- IV. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones comerciales en los últimos años han evolucionado para desarrollar en sus contenidos, consideraciones que superan los simples aspectos económicos para incluir otros laborales, de cooperación y ambientales causados por los cambios en las relaciones sociales, la ciencia y la tecnología, y que han puesto de relieve una nueva serie de problemáticas que no eran importantes para la comunidad internacional hasta hace poco tiempo.

Así, las transformaciones globales y hemisféricas de las últimas décadas han llevado a que en conceptos aparentemente antagónicos—como el desarrollo económico y el medio ambiente— se haya buscado compatibilizar su regulación, por un lado, mediante acuerdos comerciales (a los que se les han incluido algunos temas ambientales) y por el otro, mediante acuerdos multilaterales específicos que regulan la materia ambiental.

Los acuerdos comerciales internacionales modernos tienen sus orígenes a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando el intercambio mundial de mercancías se reguló por normas comerciales y concesiones arancelarias acordadas entre un grupo de países conocidas como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT),¹ firmado en 1948.

Durante la segunda mitad del siglo XX, la evolución de los mercados llevó a reformular el concepto del GATT, con la creación de una organización internacional denominada Organización Mundial del Comercio, OMC (World Trade Organization, WTO) el 15 de abril de 1994.

Esta evolución ha continuado con la llamada Ronda de Doha, que desde al año 2001 abrió una nueva ronda de negociaciones que ha buscado la eliminación de los subsidios agrícolas en los países desarrollados y la disminución a las barreras arancelarias, así como el desarrollo de temas ambientales relacionados con el comercio.²

1 Siglas en inglés de General Agreement on Tariffs and Trade o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

2 Ómar Pisco, *Organización Mundial del Comercio en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Negocios internacionales, tendencias, contratos e instrumentos*, 55-70

Ha habido reuniones adicionales en Cancún (2003), Ginebra (2004), Hong-Kong (2005) y Ginebra (2008), sin que todavía hayan finalizado las discusiones.

A lo largo de este proceso, se conceptualizaron las diferentes etapas de la integración económica en varias categorías dependiendo del alcance de dicha integración en zonas de libre cambio (ZLC), uniones aduaneras, mercados comunes y uniones económicas.³

Los primeros, los tratados de libre comercio (TLC), son el objeto de este estudio y buscan la creación de una zona de libre cambio (ZLC).⁴ Hoy, estos TLC han evolucionado hacia nuevos tipos de acuerdos que incorporan algunos temas que no se trataban inicialmente, como la propiedad intelectual, los asuntos laborales y del medio ambiente, como sucede en el TLC COL-EUA.

Por otra parte, el tema ambiental es más reciente, con sus principales antecedentes en dos Conferencias internacionales: la de Estocolmo sobre Medio Humano (1972) y la de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Estas conferencias profirieron una serie de declaraciones, que pese a no tener carácter vinculante han sido fundamentales en el desarrollo del derecho ambiental y han tenido gran aceptación internacional.⁵

Igualmente, se han concertado más de 250 acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA), entre los que cabe señalar algunos con relevancia en materia comercial, como la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985), el Convenio de Basilea (1989), la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, CMNUCC (1992) y el Convenio sobre Diversidad Biológica, CDB (1992).

Para Colombia, el tema ambiental tiene una particular importancia en la medida en que el país es poseedor de una inmensa biodiversidad,

(Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Bogotá, 2003).

3 Mario Midón, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, 40 y ss. (Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998).

4 Esta noción está consagrada en el Art. XXIV Num. 8B del GATT-94, que comprende un grupo de dos o más Estados, elimina los derechos aduaneros y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas.

5 Algunos consideran que estas declaraciones se enmarcan dentro del *Soft-Law* o derecho blando, verde o flexible. La Declaración de Río ha impulsado conceptos como el de desarrollo sostenible, de amplia aplicación hoy.

que supone una serie de oportunidades económicas, pero entraña también una serie de riesgos, si son utilizados inadecuadamente.⁶

Para desarrollar la relación entre medio ambiente y comercio, vista ésta desde la óptica del derecho internacional, se analizará en primer lugar el marco jurídico en el derecho comercial internacional, para analizar los objetivos comerciales y los límites ambientales de la esfera universal (GATT, OMC, Doha), en los acuerdos comerciales celebrados por Colombia y en el TLC COL-EUA y su Protocolo modificadorio.

En segundo lugar, se examinarán algunos de los AMUMA más importantes, así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, para delimitar la normatividad internacional ambiental vinculante tanto para Colombia como para Estados Unidos y su alcance jurídico en relación con el TLC COL-EUA.

En tercer lugar, se analizará la interpretación de los diferentes tratados, para determinar su jerarquía en caso de conflicto. Para esto, se estudiarán las reglas contenidas en el derecho internacional y en los tratados en caso de presentarse concurrencia entre las normas ambientales y las comerciales. Se identificarán los principales problemas, así como las posibles vías para la solución de los conflictos.

I. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

A. GATT

Objetivos: El GATT comprende una serie de acuerdos comerciales que buscaban el crecimiento del comercio mundial. Nunca fue un organismo internacional y sus funciones fueron de carácter provisorio y limitado. La Secretaría General del GATT convocó una serie de rondas que permitieron acuerdos plurilaterales, que contribuyeron a reducir los aranceles en el mercado global.

6 *Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos: aproximación académica*, 71 y ss. (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005).
Germán Umaña, *Aspectos no comerciales de la negociación del TLC*, en 306 *Economía Colombiana*, 31-32 (Contraloría General de la República, Bogotá, enero-febrero 2005).

Límites ambientales: La incorporación de medidas ambientales en los acuerdos comerciales tiene sus orígenes en el artículo XX del GATT,⁷ que permite a los Estados adoptar medidas de protección al medio ambiente, siempre y cuando esas restricciones se encuentren debidamente justificadas.

Los cambios en la economía mundial y el deseo de incluir temas nuevos como el mercado de servicios y de modificar las disposiciones sobre el tema agrícola, llevarían a la reforma en 1994 del GATT⁸ y a la negociación de la Ronda de Uruguay (Punta del Este), que finalizó con la creación de la OMC,⁹ limitando la función del GATT a la estipulación de las obligaciones materiales a cargo de los Estados parte.¹⁰

B. Organización Mundial del Comercio (OMC)

Objetivos: La OMC es una organización internacional de cooperación con vocación universal, que establece el marco regulatorio del comercio mundial. Se presenta como un foro para que los Gobiernos negocien acuerdos comerciales y resuelvan sus diferencias comerciales. Entre sus principales funciones están la de administrar los acuerdos comerciales de la OMC, servir de foro para las negociaciones comerciales, buscar la solución de las diferencias comerciales entre sus miembros, supervisar las políticas comerciales nacionales y brindar asistencia para los países en desarrollo.¹¹

Límites ambientales: En el desarrollo de las relaciones comerciales, los Estados han sido facultados para limitar la libre circulación de las mercancías por razones ambientales, que tengan vinculación

7 Art. XX GATT: “Excepciones generales: A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ... g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”.

8 El GATT 1994 es un tratado independiente del GATT 1947.

9 El Acuerdo de Marrakech, Marruecos, se firmó 8 años más tarde, el 15 de abril de 1994.

10 Marcel Fernando Tangarife-Torres, *El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos: fundamentos jurídicos para la negociación*, 57 (Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Bogotá, 2004).

11 http://www.wto.org/spanish/thewto_s/thewto_s.htm. Página de la OMC. Consultada el 5 de marzo de 2009.

con aspectos comerciales y que no se constituyan como un medio de discriminación arbitraria al comercio.¹²

Igualmente, cabe señalar la creación después de la Ronda de Uruguay del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) en 1994, que ha buscado la incorporación de los temas ambientales en la agenda de la OMC.¹³

Uno de los conceptos provenientes del derecho ambiental, acogidos por la OMC, es el del desarrollo sostenible,¹⁴ que ha ido incorporándose en la agenda de la Organización y que se empieza a encontrar desde el Acuerdo de Marrakech en su preámbulo.¹⁵

La Ronda de Doha

La declaración ministerial de la Ronda de Doha, Qatar, del 14 de noviembre de 2001, establece un mandato para negociar diversos temas, entre los cuales están la agricultura y los servicios, que comenzaron a principios de 2000 y los problemas con que tropiezan los países en desarrollo para aplicar los actuales Acuerdos de la OMC.

Desde el punto de vista ambiental, vuelve a retomar la noción de desarrollo sostenible,¹⁶ a la forma en la que se deben articular

12 En los siguientes acuerdos comerciales, hay disposiciones en este sentido: Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), Acuerdo sobre Agricultura (AA), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Sobre este tema, Hernando Sánchez-Sánchez, *Normatividad ambiental y su impacto en la comercialización*, en Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo. *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes*, 58-59 (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).

13 http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/wrk_committee_s.htm. Página de la CCMA en la OMC. Consultada el 5 de marzo de 2009

14 El principio de desarrollo sostenible fue introducido por el Informe Brundtland [Gro Harlem Brundtland], emitido por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en 1987. Este principio busca un desarrollo que conduzca al desarrollo económico, la mejora de la calidad de vida y el bienestar social sin agotar la base de recursos naturales renovables ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de generaciones futuras.

15 “Preámbulo: ...la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”.

16 Numeral 6 de la Declaración Ministerial: “... Reafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente

las disposiciones de la OMC con los AMUMA¹⁷ y a la cooperación en temas ambientales en su relación con el comercio internacional.

C. Acuerdos comerciales celebrados por Colombia

Colombia ha celebrado diversos acuerdos internacionales, como el tratado constitutivo de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, que es una organización internacional de integración de carácter regional, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.¹⁸

Colombia, además, ha participado en otros acuerdos comerciales, como el del Grupo de los Tres (G-3),¹⁹ el acuerdo entre la Comunidad Andina de Naciones, CAN, y el Mercado Común del Sur, MERCOSUR, algunos acuerdos de alcance parcial²⁰ y algunos Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI o BIT, por sus siglas en inglés), que se suman a un nuevo tipo de tratados de libre comercio como los adoptados con EUA, la EFTA²¹ y Canadá por citar algunos ejemplos.

Límites ambientales: En las disposiciones de la CAN, se han regulado por medio de algunas decisiones comunitarias, que son aplicables directamente en Colombia, aspectos comerciales relacionados con el medio ambiente y la protección de comunidades indígenas. Entre las más importantes, cabe señalar:

y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente”.

- 17 Declaración Ministerial, 14 de noviembre de 2001. Parágrafo 31: “Con miras a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, convenimos en celebrar negociaciones, sin prejuzgar su resultado, sobre:

i) La relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). El ámbito de las negociaciones se limitará a la aplicabilidad de esas normas vigentes de la OMC entre las partes en el AMUMA de que se trate. Las negociaciones se harán sin perjuicio de los derechos que corresponden en el marco de la OMC a todo Miembro que no sea parte en ese AMUMA.

ii) Los procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador.

iii) La reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos”.

- 18 <http://www.comunidadandina.org/quienes.htm>. Página de la Comunidad Andina de Naciones. Consultada el 5 de marzo de 2009.

- 19 Conformado por Colombia, México y Venezuela. En 2006, Venezuela manifestó su intención de retirarse del tratado.

- 20 La gran mayoría de estos acuerdos se ha celebrado con países latinoamericanos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI.

- 21 European Free Trade Association, EFTA.

- Decisión 345 sobre el Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.
- Decisión 391 sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.²²
- Decisión 523 sobre la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino.

D. TLC COL-EUA

Objetivos: De acuerdo con las disposiciones del tratado, los Estados buscan la creación de una zona de libre cambio (ZLC).²³ Sin embargo, llama la atención que hay temas que en principio no harían parte de una ZLC, como los medioambientales y los de contratación pública. No obstante, no parece ser la intención de este tratado dirigirse en un futuro hacia un mercado común, como sí es el caso de la CAN o el MERCOSUR.

Por ende, la negociación de este acuerdo bilateral de comercio incluye temas tan variados como el acceso al mercado de bienes y productos agrícolas, normas de origen, servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, inversiones, derechos de propiedad intelectual, compras del sector público, transparencia, anticorrupción, administración aduanera, ambiente, trabajo y solución de controversias. Varios pueden afectar el tema medioambiental.

Para Estados Unidos, la negociación se inicia con la autorización del Congreso de ese país del Trade Promotion Authority Act (TPAA) en 2001, en el cual se autoriza al Presidente a iniciar negociaciones tendientes a realizar acuerdos comerciales (como el que se llevó a cabo con Colombia) con una serie de formalidades menores, que hacen que su aprobación definitiva sea más rápida y fácil.

Las negociaciones adelantadas por los gobiernos de Álvaro Uribe en Colombia y George W. Bush en Estados Unidos, concluyeron el

22 En esta Decisión, hay temas relativos a la protección de las comunidades indígenas, de sus conocimientos colectivos y de su patrimonio biológico y genético, en relación con el tema de la propiedad intelectual. Art. 3, 26 y 75 de esta Decisión.

23 Artículo 1.1: Establecimiento de la Zona de Libre Comercio: Las Partes de este Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXIV del GATT de 1994 y el artículo V del AGCS, establecen una ZLC.

27 de febrero de 2006 y el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América fue suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Adicional a la firma, se requiere el trámite de la ratificación, mediante el cual ambos Estados manifiestan la voluntad de obligarse en virtud del tratado. En Colombia, se aprobó mediante la Ley No. 1143 de 4 de julio de 2007, que fue declarada exequible por la Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

En Estados Unidos, sin embargo, el trámite ha sido más complejo, ya que a partir de las elecciones legislativas de 2006, se presentó un cambio en las mayorías en el Congreso a favor del partido Demócrata, que es más reacio a negociar este tipo de acuerdos.

Esta situación llevó a realizar un protocolo modificatorio en el que se incorporaron algunos cambios que el partido Demócrata considera indispensables para poder aprobar el tratado (se incluyeron modificaciones al capítulo sobre medio ambiente), y que el Gobierno colombiano aceptó, mediante la firma en Washington de este protocolo por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia y la Representante Comercial de Estados Unidos, el 28 de junio de 2007.

En Colombia, este protocolo se aprobó mediante la Ley No. 1166 del 21 de noviembre de 2007, que fue declarada exequible por la Sentencia C-751 del 24 de julio de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

En Estados Unidos, el trámite está congelado desde abril de 2008 cuando el presidente Bush presentó el acuerdo al Congreso sin la aprobación del partido Demócrata. En enero de 2009, se produjo un cambio en la presidencia de ese país, con la elección del demócrata Barack Obama, quien ha criticado el TLC con Colombia, por lo que habrá que esperar el resultado de las negociaciones en los próximos meses.²⁴

El acuerdo definitivo consta de un Preámbulo, 23 capítulos, anexos y un protocolo modificatorio.

Límites ambientales: En el preámbulo del acuerdo se incluye una mención importante al tema del medio ambiente y su relación con el

24 http://www.eltiempo.com/colombia/politica/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-4958558.html. Altos funcionarios de la administración Obama han pedido información amplia y detallada sobre Colombia. Consultado el sábado 11 de abril de 2009.

desarrollo sostenible, pero a diferencia de otros TLC, se circunscribe a la problemática del narcotráfico existente en Colombia.²⁵

Contiene, al igual que el TLC con Chile y el CAFTA,²⁶ una novedad respecto a los TLC previos, ya que incorpora un capítulo exclusivo²⁷ dedicado al tema del medio ambiente. A pesar de no realizar compromisos específicos, este capítulo se refiere de nuevo a la noción de desarrollo sostenible como objetivo por alcanzar con este acuerdo comercial y que busca contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, a la promoción de la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible y al fortalecimiento de los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las partes.²⁸

La numeración del capítulo fue alterada desde el numeral 18.2 por el Protocolo modificadorio, que añade un nuevo artículo, un cambio que puede generar cierta confusión en la lectura, ya que el texto incluye solamente las disposiciones que sufrieron alteraciones.

En las disposiciones, se reconoce la soberanía de las partes sobre sus recursos naturales, sobre su uso y aprovechamiento. En los artículos 18.7 a 18.10, se prevén diversos mecanismos para la participación en materia ambiental; en el 18.3, se desarrolla la fiscalización del cumplimiento ambiental; en el artículo 18.5, se incorporan medidas para mejorar el desempeño ambiental, y en el artículo 18.6, la creación del Consejo de Asuntos Ambientales, el cual estará encargado de implementar el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA).

Igualmente, el Protocolo modificadorio introduce dos temas significativos: los cambios a las consultas ambientales y al procedimiento del panel en el artículo 18.12, y la definición sobre los denominados acuerdos cubiertos en el artículo 18.2 y en el anexo al mismo artículo.

25 Promover un desarrollo económico integral con el objeto de reducir la pobreza y generar oportunidades alternativas a la producción de cultivos de droga, que sean económicamente sostenibles.

26 Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y los países centroamericanos, Central America Free Trade Agreement, CAFTA.

27 Ver capítulo 18 del TLC COL-EUA y el Protocolo modificadorio al acuerdo de promoción comercial.

28 Objetivos, capítulo 18 TLC COL-EUA.

Basándose en el artículo XX del GATT, el capítulo 22 sobre excepciones generales desarrolla las “*cláusulas de escape*”,²⁹ en las cuales se incluye la protección medioambiental para los temas de Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado para Bienes, Textiles y Vestido, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y Obstáculos Técnicos al Comercio.³⁰ Esta consideración permite constatar que el tema medio ambiental no sólo está contenido en el capítulo 18, sino que está incluido transversalmente en varios de los capítulos del acuerdo.

Por último, cabe señalar el entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales, anexo en el capítulo 16 sobre derechos de propiedad intelectual, el cual se presenta como una novedad respecto a los TLC firmados previamente por Estados Unidos, en el que se reconoce la importancia del tema y la necesidad de distribuir de manera equitativa los beneficios que se generen con su utilización.

II. MARCO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

A. *Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA)*

A diferencia del sistema comercial multilateral que se ha institucionalizado mediante la creación de diversos organismos, el derecho ambiental carece de un organismo centralizado encargado de su manejo en la esfera internacional.

En la segunda mitad del siglo XX se concertaron acuerdos de carácter multilateral encaminados a la protección del medio ambiente (AMUMA). Para efectos de este trabajo, se analizarán solamente aquellos acuerdos que conllevan efectos sobre el comercio para lograr sus objetivos ambientales, entre los cuales cabe señalar:³¹

29 Víctor Manuel Vicente Rojas-Amandi, *La protección del medio ambiente en TLCAN y la OMC*, 96 (Oxford University Press, México, 2000).

30 Artículo 22.1: “Excepciones Generales I. Para efectos de los Capítulos Segundo al Séptimo, el Artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el Artículo XX (b) del GATT de 1994 incluyen las medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX (g) del GATT de 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables”.

31 Patricia Birne, & Alain Boyle, *International Law and the Environment*, 705 y ss. (Oxford

- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), adoptada el 3 de marzo de 1973.
- Convenio de Viena sobre las Sustancias que Afectan la Capa de Ozono, adoptado el 22 de marzo de 1985.
- Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Afectan la Capa de Ozono, adoptado el 16 de septiembre de 1987.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada el 9 de mayo de 1992.
- Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático, adoptado el 11 de diciembre de 1997.
- Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, adoptado el 26 de enero de 1994.
- Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989.
- Protocolo de Basilea sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños Resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado el 10 de diciembre de 1999.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), adoptado el 5 de junio de 1992.
- Convención Internacional sobre Protección Fitosanitaria (CIPF), adoptada en 1951.
- Convención sobre la Protección de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, adoptada el 20 de mayo de 1980.
- Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces, adoptado el 4 de diciembre de 1995.
- Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, suscrita en Washington, adoptada el 2 de diciembre de 1946.
- Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL), 1973, suscrito en Londres, 17 de febrero de 1978, con sus enmiendas.
- Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, 2 de febrero de 1971, con sus enmiendas.
- Convención para el Establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), suscrita en Washington, 31 de mayo de 1949.

University Press, Oxford, 2002).

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 283-284 (6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2008).

B. Normas de Derecho Internacional ambiental aplicables al TLC

Convenio 169 OIT

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a diferencia de los anteriores, no es un tratado multilateral ambiental, sino un convenio proferido por una organización internacional, que es vinculante para Colombia.³² Este convenio es relevante en la medida en que aborda la protección de los derechos de ciertas colectividades como las indígenas, que han sido aisladas en las tomas de decisión por los gobiernos centrales. Así, este convenio consagra una serie de derechos y medidas especiales que buscan tanto salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de estas comunidades,³³ como establecer mecanismos que les permitan ser consultadas³⁴ y tenidas en cuenta a la hora de tomar³⁵ decisiones que afecten sus intereses y su desarrollo como comunidades.

Cuando se miran las relaciones entre Colombia y EUA en esta materia, se encuentra que hay solamente unos pocos tratados en este campo que tienen implicaciones en el comercio y que han sido ratificados por ambos Estados.

Por tanto, las relaciones en este punto pueden ubicarse en tres posibilidades:

Principales AMUMA ratificados por Colombia y por Estados Unidos

- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (Ley 17 de 1981).
- Convenio de Viena sobre las Sustancias que Afectan la Capa de Ozono (Ley 30 de 1990).
- Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Ley 164 de 1994)
- Convenio Internacional sobre Maderas Tropicales (Ley 47 de 1989).

32 Artículo 53 Constitución Política de Colombia. “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”.

33 Artículo 4 Convenio 169 OIT.

34 Artículo 6 Convenio 169 OIT.

35 Artículo 7 Convenio 169 OIT.

Principales AMUMA ratificados sólo por Colombia

- Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Ley 253 de 1996).
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (Ley 165 de 1994).
- Protocolo de Kyoto (Ley 629 de 2000).

Principales AMUMA ratificados sólo por Estados Unidos

- Convención Internacional sobre Protección Fitosanitaria.
- Convención sobre la Protección de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.
- Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces.
- Convención para el Establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT).
- Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena.

Respecto a estos instrumentos, cabe preguntarse cuáles de estos AMUMA se aplicarían y se tendrían en cuenta en el TLC. En el Artículo 18.13,³⁶ que habla sobre la relación con los Acuerdos Ambientales, se reconoce la importancia de estos AMUMA y se plantean aspectos que van a ser relevantes en el futuro del acuerdo y que aún no están definidos, como el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA) y el perfil del Consejo de Asuntos Ambientales.

36 “1. Las Partes reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos son parte, desempeñan un papel importante en la protección del ambiente global y nacional y que la respectiva implementación de estos acuerdos es decisiva para lograr los objetivos ambientales contemplados en estos acuerdos. Las Partes además reconocen, que este Capítulo y el Acuerdo de Cooperación Ambiental, ACA, pueden contribuir para alcanzar los objetivos de tales acuerdos. Reconociendo esto, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo entre acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos son parte y acuerdos comerciales de los que todos son parte.

2. Para tal fin, las Partes se consultarán, según sea apropiado, con respecto a las negociaciones sobre asuntos ambientales de interés mutuo.

3. Cada Parte reconoce la importancia para sí de los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales es parte.

4. En caso de cualquier inconsistencia entre las obligaciones de una Parte conforme a este Acuerdo y un acuerdo cubierto, la Parte procurará balancear sus obligaciones con respecto a ambos acuerdos, pero esto no impedirá que la Parte adopte una medida en particular para cumplir con sus obligaciones conforme al acuerdo cubierto, siempre que el objeto principal de la medida no sea imponer una restricción encubierta al comercio.

Para mayor certeza, el párrafo 4 no se aplicará a acuerdos ambientales multilaterales diferentes a los acuerdos cubiertos”. (Resaltado fuera del texto).

El Consejo se reunirá dentro del primer año a partir de la fecha de entrada en vigor del TLC y estará conformado por un funcionario de alto rango con responsabilidades ambientales, designado por cada Gobierno para que lo represente y una oficina en el Ministerio o entidad gubernamental apropiada que servirá como punto de contacto para realizar el trabajo de este Consejo.

En esta medida, el perfil de las personas seleccionadas por cada Gobierno y la voluntad política de las partes van a ser fundamentales al definir el alcance e importancia que va a tener este tema en el futuro de las relaciones.

Entre las funciones de este Consejo, estarán las de implementar las medidas mencionadas en el capítulo 18 sobre medio ambiente, la discusión sobre el contenido del ACA y dentro de éste, la forma para establecer una Comisión de Cooperación Ambiental, cuyas funciones aún no han sido previstas.

En los TLC previos, después del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN o North American Free Trade Agreement, NAFTA, se han negociado Acuerdos de Cooperación Ambiental, como acuerdos paralelos cuya finalidad ha sido la de promover el cumplimiento de las partes de sus respectivas legislaciones ambientales sin injerencia extranjera, lo que pretende evitar el unilateralismo y la extrajudicialidad.³⁷ Del manejo que se dé en el futuro en estos escenarios depende en buena medida la adecuada coordinación entre las esferas comercial y ambiental y evitar por ende los deterioros ambientales.

Además, hay un cambio en cuanto al acuerdo celebrado con Chile que especifica que los AMUMA que tendrían relevancia para el TLC, son aquéllos en los cuales todos los Estados son parte. Sin embargo, hay una mención en el tercer punto respecto a la importancia de los otros AMUMA, lo que haría pensar si Estados Unidos, sin hacer parte del CDB o del Convenio de Basilea, podría presionar mediante los instrumentos del tratado a nuestro país.

37 Cristina Hernández, *Integración regional y medio ambiente: el caso del TLC y las negociaciones del G-3*, en 38 *Capítulos del SELA*, 75-76 (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, Caracas, enero-marzo 1994).

Igualmente, habría que tener en cuenta el artículo 18.2 y su anexo³⁸ añadido por el Protocolo modificadorio, que incorpora la noción de acuerdos cubiertos.

En esta definición de acuerdos cubiertos, se hace un cambio que especifica cuáles son los tratados que tienen relevancia a efectos del TLC y en el que se aprecia la posición dominante de los estadounidenses al incluir 7 acuerdos de los que ellos son parte, mientras que Colombia sólo es parte de los primeros 4. Surgiría una pregunta: qué sucedería respecto a los tratados de los cuales es parte Colombia pero no Estados Unidos.

Para el caso de Colombia, habría que tener en cuenta el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. En cuanto a éste último, sin embargo, cabría señalar que en el anexo de entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales,³⁹ podría encontrarse una puerta para aplicar algunos de los contenidos de este Convenio en la interpretación del TLC. Igualmente, en las definiciones de la legislación ambiental,⁴⁰ se reconoce que dicha protección o conservación podrá incluir la protección o conservación de la diversidad biológica. Este

38 “Anexo 18.2. Acuerdos Cubiertos: 1. Para propósitos de este Capítulo, acuerdo cubierto significa un acuerdo ambiental multilateral listado a continuación del cual ambas Partes sean parte: a) Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), suscrito en Washington, 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas.

b) Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, suscrito en Montreal, 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas.

c) Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, suscrito en Londres, 17 de febrero de 1978, con sus enmiendas.

d) Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, 2 de febrero de 1971, con sus enmiendas.

e) Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, suscrita en Canberra, 20 de mayo de 1980.

f) Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, suscrita en Washington, 2 de diciembre de 1946.

g) Convención para el Establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), suscrita en Washington, 31 de mayo de 1949.

2. Las Partes podrán convenir por escrito modificar la lista del párrafo 1 para incluir cualquier otro acuerdo ambiental multilateral”.

39 Fernando Gast-Harders, *El acceso a los recursos genéticos al amparo de los tratados comerciales*, en Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo, *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes*, 90 y ss. (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).

40 Art. 18.14 TLC COL-EUA sobre definiciones del capítulo ambiental.

punto es un avance en cuanto a tratados como el de Chile, que excluye las actividades de la población indígena de la definición ambiental.⁴¹

Más recientemente, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-751 de 2008, se manifiesta aseverando que con estos acuerdos cubiertos se reiteran las obligaciones que tienen los Estados en el tema ambiental respectivo y se establece un parámetro de protección ambiental aplicable al TLC. Igualmente, la Corte⁴² considera que no se limita la soberanía estatal en la materia ambiental, ya que no se imponen obligaciones de ratificar estos tratados y explica que la ausencia de mención en el anexo no implica que pierda su carácter vinculante. En todo caso, el anexo permite que las partes amplíen el contenido de los acuerdos cubiertos.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

De acuerdo con los temas expuestos anteriormente, hay relaciones entre los tratados comerciales y los ambientales, y existe la posibilidad de que al aplicar el TLC, se presenten conflictos entre las normas de los tratados que regulan estas dos materias. Por tanto, es preciso analizar los mecanismos previstos para su interpretación y jerarquía, para intentar ver la forma en que se pueden solucionar los conflictos que se generen en su aplicación.

A. Reglas de interpretación del derecho internacional

Es necesario estudiar las reglas del derecho internacional para solucionar los conflictos que pueden presentarse entre los tratados, ya

41 Art. 19.11 TLC Chile-EUA.

42 “5.5.2. ... Su mención dentro del Protocolo no implica la obligación para Colombia de ratificar los tratados de los que no sea Parte, pues a la luz de lo que establece el artículo 18.1, se reconoce el derecho soberano de las Partes a establecer sus propios niveles de protección ambiental y a adoptar y modificar sus políticas ambientales. Adicionalmente, el artículo 18.3.4 advierte que ninguna de las disposiciones del Capítulo 18 constituye una autorización para que una Parte realice actividades orientadas al cumplimiento de la legislación ambiental en el territorio de la otra Parte. Finalmente, recuerda la Corte que Colombia es parte del tratado que protege la biodiversidad –Leyes 162 y 165 de 1994– y que el hecho de que no esté mencionado en el Anexo 18.2, no significa que en lo que respecta a Colombia, el presente Protocolo represente una modificación de sus obligaciones internacionales ya contraídas”.

que en principio el régimen ambiental y el comercial estarían en un plano de igualdad y no habría una clara primacía de uno sobre otro.⁴³

Así mismo, el TLC COL-EUA no contiene ninguna cláusula que resuelva expresamente los conflictos entre concurrencia con normas de tratados ambientales, limitándose a mencionar las relaciones con otros tratados de la misma naturaleza,⁴⁴ por lo que es necesario precisar algunas reglas de interpretación.⁴⁵

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, se explica la forma en la cual se deben interpretar los tratados, teniendo en cuenta que esta interpretación debe partir de la buena fe, con base en el significado común de sus disposiciones y considerando las interrelaciones que se pueden presentar entre las mismas.⁴⁶

Hay varios métodos de interpretación,⁴⁷ basados unos en el texto (gramatical), de acuerdo con el sistema en el cual están contenidas sus disposiciones (sistémico) y basados otros en determinar el objetivo para el que fue creado el tratado (teleológico). Igualmente, cabría la posibilidad de plantear el principio de aplicación del artículo 30 CVDT sobre tratados sucesivos concernientes a la misma materia.⁴⁸

Asimismo, el tratado puede ser redactado en varios idiomas, dependiendo de las lenguas que se manejen en los Estados.⁴⁹ En el caso del TLC COL-EUA, los textos tanto en inglés como en castellano son auténticos, lo que ha generado problemas en cuanto a su

43 Para que se modificara esta igualdad, tendría que encontrarse alguna norma con carácter especial, como una norma de *Jus Cogens*. Al respecto, Joost Pauwelyn, *Conflict of norms in public international law: How WTO Law relates to other rules of international law*, 94-108 (Cambridge University Press, New York, 2008).

44 Artículo 1.2 TLC COL-EUA: “Relación con otros Acuerdos Internacionales: Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte”.

Artículo 21.2 TLC COL-EUA: Ámbito de Aplicación. Solución de Controversias.

Num. 2. “Para mayor certeza, este Capítulo no es aplicable a disputas entre miembros de la Comunidad Andina con respecto a una violación a la legislación de la Comunidad Andina”.

45 Por ejemplo, en el artículo 4 del TLCAN, se plantea que en caso de conflictos entre el tratado y ciertos tratados multilaterales ambientales, hay una primacía de los tratados medioambientales. Esta fórmula infortunadamente no se planteó en el TLC COL-EUA y, por tanto, resolver este tipo de conflictos se vuelve más complejo.

46 Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2003).

47 Ver artículo 31 CVDT.

48 Aunque en este caso no serían exactamente de la misma materia, algunos autores consideran que este principio *Lex posterior [lex posterior derogat legi priori]* podría aplicarse a las relaciones entre los AMUMA y los tratados comerciales. Pauwelyn, Joost, op. cit., 349-350.

49 Ver artículo 33 CVDT.

interpretación y ha dado lugar a varias reuniones entre las partes para tratar de solucionar el hecho de que las redacciones en los dos idiomas no son idénticas y una vez el tratado entre en vigor, ambas versiones podrán ser invocadas. Por estas razones, la labor de interpretación es sumamente importante en la vigencia de los tratados.

*B. Jerarquía de los tratados a la luz del
ordenamiento jurídico colombiano*

Cabría preguntarse si, a diferencia del derecho internacional, habría en el derecho interno alguna jerarquía entre los tratados comerciales y los ambientales. La Constitución Política de Colombia establece la forma en la cual se regulan los tratados internacionales para el país⁵⁰ y da pautas para la negociación de acuerdos en materia de integración.⁵¹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se ha basado en varios artículos de la Carta Política para diferenciar la jerarquía de los distintos tratados en el orden jurídico colombiano, al incorporar el denominado “*bloque de constitucionalidad*”,⁵² que se ha entendido como un conjunto de normas que, sin estar expresamente incluido en el texto constitucional, posee un carácter supralegal que es utilizado como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes.⁵³

Entonces, por expresa remisión de la Constitución, hay algunas normas de tratados internacionales que se encuentran al mismo nivel de las normas constitucionales (bloque en sentido estricto)⁵⁴ y algunas normas que, sin estar al nivel de la Constitución, tienen un carácter supralegal (bloque en sentido lato)⁵⁵ y, por tanto, las leyes deben respetar su contenido.

50 Ver artículos 189 Num. 2, 150 Num. 16, 241 Num. 10 de la Constitución Política de Colombia.

51 Artículos 150 Num. 16 y 224 de la Constitución Política de Colombia.

52 Sobre la noción, Rodrigo Uprimny-Yepes, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, 97 y ss. (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001).

53 Las normas del bloque se componen de las normas incorporadas en virtud de los artículos 9, 93, 214 Num. 2, 102 y 53 de la Constitución.

54 Como los tratados de derechos humanos, que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y las normas del Derecho Internacional Humanitario.

55 Como las leyes estatutarias y orgánicas, los tratados de derechos humanos, que pueden sus-

En este caso, los tratados de comercio no forman parte del bloque, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte en reiteradas oportunidades.⁵⁶ Sobre los tratados sobre medio ambiente, la Corte no se ha manifestado expresamente y aunque podría pensarse que estos tratados cabrían entre los mencionados en el artículo 93 de la Constitución colombiana, y que las normas ambientales deberían interpretarse en Colombia de acuerdo con los tratados multilaterales ambientales,⁵⁷ la jurisprudencia de la Corte no los ha incluido en el bloque de constitucionalidad.⁵⁸

En esta medida, estos tipos de tratados tendrían un mismo valor jurídico y habría que tener en cuenta las reglas del derecho internacional mencionadas anteriormente para su interpretación.

La única norma estudiada que forma parte del bloque, es el Convenio 169 de la OIT,⁵⁹ que implica que es un parámetro del control de constitucionalidad, como lo menciona la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-750 de 2008,⁶⁰ en la cual expresa el alcance de este Convenio respecto a la exequibilidad de la ley aprobatoria del TLC COL-EUA.

C. Solución de controversias

Tanto en los tratados comerciales como en los ambientales, hay disposiciones que tratan acerca de la forma de resolver las diferencias, mediante la creación de fórmulas encaminadas a que las partes puedan ponerse de acuerdo, primero mediante negociaciones y posterior-

penderse en estados de excepción, y los convenios de la OIT.

56 Ver sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-582/1999, C-358/1997, C-256/1998, C-063/2003.

57 Los derechos contenidos en el título II capítulo 3 de la Constitución sobre derechos colectivos y del medio ambiente.

58 Hernando Sánchez-Sánchez, op. cit. 59.

59 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 568/1999.

60 “4.7.3.3. ... En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo 18 sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a estos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a estos grupos étnicos. Lo anterior no obsta, para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales, si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa”.

mente, si éstas fallan, se prevé algún mecanismo de investigación o mediación encargado de solucionar el conflicto. La diferencia es que en los acuerdos en materia comercial, estos asuntos están mucho más desarrollados que en materia ambiental y, por tanto, en los primeros hay organismos propios encargados del seguimiento y solución de los conflictos, mientras que en los segundos normalmente son más discrecionales, al dejar abierta la posibilidad a las partes de acudir a algún tribunal de arbitramento o a la Corte Internacional de Justicia, por citar algunos ejemplos.

En el TLC se establece que cuando se presente una controversia derivada de una violación de la legislación ambiental que afecte el comercio o la inversión entre las partes, incluido alguno de los AMUMA que ambas partes hayan puesto en vigor, se puede acudir al mecanismo general de solución de controversias del tratado.⁶¹

Esto hace que, en la práctica, sea más fácil acudir a los mecanismos comerciales. En esta medida, si el TLC entra en vigor, será más sencillo demandar el incumplimiento del TLC por la violación de una norma ambiental, frente a los mecanismos del tratado, que buscar la protección de alguno de los AMUMA, cuando alguna actividad comercial ponga en riesgo el medio ambiente.

Asimismo, cabe resaltar que estos tratados comerciales incluyen al medio ambiente solamente cuando se afecte el comercio de las partes,⁶² por lo que la óptica desde la cual se va a mirar la normatividad ambiental va a estar supeditada por la comercial,⁶³ lo cual limita su alcance.⁶⁴

61 Se parte del principio de libertad de las partes para escoger el foro. El Protocolo modificatorio realizó un cambio en este sentido, ya que eliminó la mayor parte del artículo 21.17, que establecía mecanismos de consultas y de paneles que, en sus etapas finales, podían llegar a imponer sanciones a modo de contribuciones monetarias hasta por US\$15 millones. En la versión definitiva, en caso de declararse el incumplimiento por un panel de expertos, se elimina entonces la posibilidad que existía de pagar una multa y, en cambio, se pasa al retiro de beneficios comerciales. Los tratados ambientales normalmente sólo incorporan mecanismos de consulta. A modo de ejemplo, ver el Art. 27 de la CDB.

62 Artículo 18.3: "*Aplicación y Observancia de las Leyes Ambientales*
1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, y sus leyes, reglamentos y otras medidas para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de manera que afecte al comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo".

63 Ver principios del CCMA en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/cte00_s.htm. Consultada el 5 de marzo de 2009

64 *Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos: aproximación académica*, 83-84

Sin embargo, se pueden encontrar algunas normas que, sin consagrar expresamente una primacía de normas ambientales, permiten en la práctica una protección mayor del medio ambiente. En el TLC, se ha incorporado un capítulo especial dedicado a la solución de controversias; entre los procedimientos en el artículo 21.2 Num c⁶⁵ se añade una cláusula en la que se excluye a los particulares de demandar las excepciones ambientales,⁶⁶ en las materias consagradas en los capítulos de comercio transfronterizo de personas y en el de propiedad intelectual.

Esto significa que en estas dos materias los particulares no podrán demandar la violación de la norma comercial, otorgándole cierta primacía a la legislación ambiental. Por ejemplo, en aspectos como el de conocimiento tradicional en el tema de patentes, lo que hace que la violación del tratado por normas ambientales sea menos factible y limita de esta manera el alcance de las disposiciones comerciales.

(Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005).

65 Artículo 21.2 TLC COL-EUA.

66 Artículo 22.1: “Excepciones Generales

1. Para efectos de los Capítulos Segundo al Séptimo (Trato Nacional y Acceso a Mercado para Bienes, Textiles y Vestido, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y Obstáculos Técnicos al Comercio), el Artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, mutatis mutandis.

Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el Artículo XX (b) del GATT de 1994 incluye las medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX (g) del GATT de 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables”.

IV. CONCLUSIONES

Sobre la relación entre TLC y acuerdos ambientales, se pueden plantear varias reflexiones:

Dada la infinidad de materias que se abordan en el TLC, el riesgo de conflicto con normas de otros tratados es permanente (no sólo en el área ambiental) y por eso se requiere que se haga uso de los mecanismos de consultas para prevenir este tipo de incidentes, ya que en principio los tratados no prevén expresamente la primacía de alguno de los tratados en caso de conflicto.

En caso de presentarse este conflicto, las normas comerciales están más desarrolladas que las ambientales, sobre todo en cuanto a su exigibilidad. Igualmente, la protección ambiental en estos tratados comerciales se produce sólo cuando exista una relación con el comercio y su resolución siempre estará matizada por la perspectiva comercial. En caso de conflicto, entonces, pareciera que hay una primacía inicial de lo comercial sobre lo ambiental.

Sin embargo, al analizar el tratado, se encuentran disposiciones como las contenidas en el artículo 21.2, que excluye las demandas de particulares a algunas excepciones ambientales, el reconocimiento de los AMUMA en un capítulo del acuerdo y entendimiento sobre biodiversidad y conocimiento tradicional (que sirven de fundamento para limitar el tema de propiedad intelectual), para constatar que en el tratado hay mecanismos que permiten la protección del medio ambiente.

Para que estos mecanismos sean viables, es fundamental la voluntad política de los Gobiernos y en este sentido, será clave el papel que pueda desempeñar el Consejo de Asuntos Ambientales, y la oportunidad que éste tenga de desarrollar el ACA.

Para Colombia, los problemas podrían presentarse en la medida en que todos los esfuerzos se centren en la parte económica del TLC y se olviden los ambientales. Se corre el riesgo de que el gobierno prefiera incurrir en el “*dumping ecológico*”⁶⁷ para favorecer el cre-

67 El denominado *dumping ecológico* y social se refiere a los casos en los que los bajos estándares de protección o la inadecuada aplicación de las normas ambientales y sociales dentro de un país contribuyen a mejorar la capacidad competitiva de las empresas nacionales en el mercado internacional. A diferencia del concepto tradicional del *dumping*, contenido en el GATT 94, este tipo surge con base en conductas de

cimiento económico, y en principio pareciera que el tema ambiental no fuera la prioridad de la actual administración.⁶⁸

En cuanto a Estados Unidos, los problemas ambientales pueden producirse por el aprovechamiento de la biodiversidad (una fortaleza de Colombia) y en temas como el conocimiento tradicional. En este punto, el adecuado manejo que se haga del entendimiento respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales puede permitir que se busque la protección de estos temas de acuerdo con lo planteado en el CDB, para impedir la biopiratería y utilizar adecuadamente la biotecnología, en la que Colombia posee la materia prima, pero no tiene la capacidad tecnológica para aprovecharla. Este punto será de vital importancia, ya que la legislación estadounidense en estos puntos de propiedad intelectual no está orientada de acuerdo con los intereses de Colombia.⁶⁹

El cambio de administración en Estados Unidos plantea cambios en el tema, ya que en la agenda del partido Demócrata hay mayor cercanía a la protección del medio ambiente. Esta situación conllevó la realización del protocolo modificadorio en el que se cambiaron algunos temas, entre ellos el ambiental. Aunque no puede decirse que haya un cambio profundo en el contenido de este capítulo, en algunos aspectos hay unas pocas mejorías.

Así, se aprecia una mayor definición en los conceptos que pueden precisar el alcance y la profundidad del tema ambiental, como sucede con las definiciones del artículo 18.2, la ampliación del funcionamiento del Artículo 18.12 sobre Consultas Ambientales y Procedimiento del Panel y la incorporación de la noción de los acuerdos cubiertos. Sin embargo, en éstos últimos no se incluyen todos los firmados por Colombia y quedaría pendiente de acuerdo con el anexo 18.12 la posibilidad de incorporarlos de manera posterior.

los Gobiernos y no de las empresas privadas. Se ha mencionado cómo en el TLC se prevén mecanismos para impedirlo. Al respecto, Víctor Manuel Vicente Rojas-Amandi, op. cit., 147-149.

68 Juan Mayr, *La estrategia*, en Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo. *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes*, 120 (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).

69 *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Álvarez-Zárate, José Manuel, *ALCA y TLC con Estados Unidos: la agenda de negociación, sus costos y beneficios frente a los intereses nacionales* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).
- Anzola-Gil, Marcela, Caballero-Sierra, Gaspar & Corral-Strassmann, Luis Carlos, *De la OMC al ALCA: bases para la negociación* (Confecámaras, Bogotá, 2002).
- Barrantes-Venegas, Claudia Patricia (coord.), *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio* (Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005).
- Becerra-Rodríguez, Germán Alberto, *Comunidad Andina de Naciones: características político-jurídicas y perspectivas* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000).
- Birne, Patricia & Boyle, Alain, *International Law and the Environment* (Oxford University Press, Oxford, 2002).
- Brown-Weiss, Edith, Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1995).
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2008).
- Coria, Silvia, Devia, Leila & Gandino, Erika, *Integración, desarrollo sustentable y medio ambiente* (Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997).
- Díez de Velasco-Vallejo, Manuel, *Las organizaciones internacionales* (Tecnos, Madrid, 1999).
- Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo, *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes* (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).
- Estrada-Oyuela, Raúl Alfredo & Zaballos de Sisto, María Cristina, *Evolución reciente del derecho internacional ambiental* (A-Z Editora, Buenos Aires, 1997).
- Gast-Harders, Fernando, *El acceso a los recursos genéticos al amparo de los tratados comerciales*, en Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo, *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes*, 90 y ss. (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).
- Gómez-Lee, Martha Isabel, *La protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones del TLC* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).
- Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional* (Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994).
- Juste-Ruiz, José, *Derecho internacional del medio ambiente* (McGraw-Hill, Madrid, 1999).
- López-Villafañe, Víctor & Di Masi, Jorge Rafael (coord.), *Del TLC al Mercosur: integración y diversidades en América Latina* (Siglo XXI Editores, México, 2002).

- Midón, Mario, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR* (Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998).
- Padilla-Hernández, Eduardo, *Lecciones de Derecho Ambiental* (Editorial Leyer, Bogotá, 2000).
- Patiño-Posse, Miguel, *Derecho Ambiental Colombiano* (Editorial Legis, Bogotá, 1999).
- Pauwelyn, Joost, *Conflict of norms in public international law: How WTO Law relates to other rules of international law* (Cambridge University Press, New York, 2008).
- Pisco, Ómar, *Organización Mundial del Comercio en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Negocios internacionales, tendencias, contratos e instrumentos* (Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Bogotá, 2003).
- Remiro-Brotóns, Antonio, *Derecho Internacional* (McGraw-Hill, Madrid, 1997).
- Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los Tratados* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 1999).
- Rojas-Amandi, Víctor Manuel Vicente, *La protección del medio ambiente en TLCAN y la OMC* (Oxford University Press, México, 2000).
- Sánchez-Sánchez, Hernando, *Normatividad ambiental y su impacto en la comercialización*, en Encuentro Regional TLC Ambiente y Desarrollo. *Ambiente y Desarrollo: expectativas ambientales: la exportación e importación de productos, el impacto ambiental: el biocomercio, mercados verdes* (Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia, Medellín, 2004).
- Sands, Philippe, *Principles of international environmental law* (Oxford University Press, Oxford, 2003).
- Shaw, Malcolm N., *International law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2003).
- Tangarife-Torres, Marcel Fernando, *Derecho de la integración en la CAN* (Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Bogotá, 2005).
- Tangarife-Torres, Marcel Fernando, *El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos: fundamentos jurídicos para la negociación* (Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Bogotá, 2004).
- Tratado de Libre Comercio Colombia - Estados Unidos: aproximación académica* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005).
- Uprimny-Yepes, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001).

Revistas

- Acosta-Medina, Amylkar. *ALCA / TLC: ¿Negociación o adhesión?*, 300 *Economía Colombiana*, 76-83 (Contraloría General de la República, Bogotá, enero-febrero 2004).
- Beltrán-Mora, Luis Nelson, *TLC con Estados Unidos: entre las asimetrías y la competitividad*, 41 *Administración y Desarrollo* (Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Bogotá, Primer Semestre 2004).

- Bettelli, Paola, *El desarrollo sostenible en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU). La importancia del desarrollo sostenible para países como Colombia*, en 7 *Desafíos* (Bogotá, julio-diciembre 2002).
- Hernández, Cristina, *Integración regional y medio ambiente: el caso del TLC y las negociaciones del G-3* en 38 *Capítulos del SELA* (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, Caracas, enero-marzo 1994).
- Impacto social del TLC con Estados Unidos*. 33 *Coyuntura Social* (Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo, Fedesarrollo, Bogotá, diciembre de 2005).
- Mayr, Juan, *TLC: ambiente y desarrollo*, en 216 *Dinero* (Bogotá, 15 de octubre, 2004).
- Novoa, Carlos, *Tratado de Libre Comercio –TLC– y derechos humanos*, en 6 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2005).
- Sandoval-Forero, Eduardo Andrés, *México indígena en tiempos del TLC*, en 2 *Problemas Políticos Latinoamericanos*, 2 (Instituto de Posgrados de la Universidad del Cauca, Popayán, octubre 1995).
- Umaña, Germán, *Aspectos no comerciales de la negociación del TLC*, en 306 *Economía Colombiana*, 31-32 (Contraloría General de la República, Bogotá, enero-febrero 2005).
- Vargas-Pino, Virgilio, *Medicina, salud, modos de producción y el TLC: evolución de la salud a la luz de la economía y el comercio*, 86 *Revista Universidad Cooperativa de Colombia*, 31-39 (Medellín, diciembre 2004).