



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Tratado De Libre Comercio Entre Colombia Y Los Estados Unidos Desde El Análisis Económico Del Derecho

Diego David Aldana Carrillo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2015

Tratado De Libre Comercio Entre Colombia Y Los Estados Unidos Desde El Análisis Económico Del Derecho

Diego David Aldana Carrillo

Trabajo Final de Investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director (a):

Mg. Eddy Rolando Ramírez Gómez

Línea de Investigación:

Derecho Privado y Económico

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2015

“La división internacional del trabajo consiste en que unos países se especializan en ganar y otros en perder”

Eduardo Galeano, Las venas abiertas de América Latina. (1971)

Agradecimientos

Quisiera agradecer a toda la comunidad académica de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia por acogerme en sus aulas, inspirarme, y brindarme las herramientas necesarias para abordar estos cuestionamientos sobre el TLC/Col-EEUU a lo largo mi formación en la Maestría. De manera especial, al Profesor Eddy Ramírez por todos sus aportes, orientaciones y sugerencias durante la dirección de este trabajo. A mis padres David y Elba, por ser ese ejemplo en mi vida como juristas y como seres humanos; a mi esposa Karen, por ser mi aliciente, por acompañarme y ser siempre ese apoyo tan incondicional y amoroso; y a mis colegas y amigos Manuel y Agustín por todos sus consejos y opiniones desinteresadas que también contribuyeron a enriquecer estas reflexiones.

Por último quisiera enviar un agradecimiento muy especial a todos mis compañeros del Área Curricular de Derecho de la Facultad, por toda la confianza, solidaridad y apoyo, que sin duda alguna contribuyó a la finalización exitosa de este trabajo.

Resumen

El presente trabajo es una aproximación al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos desde el Análisis Económico del Derecho. Inicialmente se reconstruye la normativa del acuerdo y sus funciones económicas fundamentales, contextualizando el libre comercio con Estados Unidos desde una perspectiva comparada, y analizando su papel tanto en el ámbito de la economía globalizada como en el ordenamiento jurídico nacional. Posteriormente se realiza una aproximación conceptual al Análisis Económico del Derecho y sus principales debates doctrinales, aplicando herramientas teóricas que permitirán comprender cabalmente la problemática del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, y los impactos de las asimetrías existentes entre estos países durante el proceso de negociación, que se reflejan en los resultados obtenidos durante estos tres años de implementación, los cuales dan cuenta del mejor desempeño alcanzado por los Estados Unidos.

Palabras clave: TLC, Derecho, economía, Comercio exterior, Colombia, Estados Unidos, Asimetrías, Análisis Económico del Derecho.

Abstract

This paper makes an approach to the Free Trade Agreement (FTA) between Colombia and the United States in the perspective of the Law & Economics (L&E). In a first place makes a reconstruction of the Agreements regulations and their principal economic functions, making a context of the United States' Free Trade settings in a comparative perspective, analyzing their role the scope both the global economy and national legislation. At second place, makes a conceptual approach from a perspective of the Law & Economics (L&E) and their main doctrinal debates, applying their theoretical tools that allow a fully understanding of the economic problems derivate to the FTA signed by Colombia and the United States, and the impact of the asymmetries between these countries in the negotiation process. as well as reflected in the results obtained in the three years of deployment, which realize the best results are achieved by the United States.

Keywords: FTA, Law, Economics, foreign trade, Colombia, United States, asymmetry, Law & Economics.

Contenido

	Pág.
Resumen	V
Lista de Cuadros	VII
Introducción	1
1. Delimitación, Contextualización y Justificación del TLC entre Colombia y Los Estados Unidos	7
1.1 Reconstrucción Normativa del TLC entre Colombia Y Estados Unidos.....	7
1.1.1 Aspectos Institucionales.....	9
1.1.1.1 La función económica esencial del TLC entre Colombia y EEUU.....	9
1.1.1.2 Otros Aspectos Institucionales	12
1.1.1.3 Excepciones y Disposiciones Finales.....	15
1.1.2 Acceso a Mercados.....	16
1.1.2.1 La Eliminación Arancelaria.....	18
1.1.2.2 Medidas no arancelarias	20
1.1.2.3 Textiles y Vestido	21
1.1.2.4 Reglas y Procedimientos de Origen	23
1.1.2.5 Administración aduanera y facilitación del comercio	25
1.1.2.6 Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	25
1.1.2.7 Obstáculos Técnicos al Comercio	27
1.1.2.8 Defensa Comercial.....	29
1.1.2.9 Compras Públicas	32
1.1.3 Servicios	35
1.1.4 Temas Transversales.....	39
1.1.4.1 Inversiones.....	39
1.1.4.2 Política de Competencia	41
1.1.4.3 Comercio Electrónico	43
1.1.4.4 Derechos de Propiedad Intelectual.....	43
1.1.4.5 Asuntos Laborales	50
1.1.4.6 Medio Ambiente	53
1.2 El Libre Comercio con Estados Unidos en Perspectiva Comparada	55
1.2.1 El caso del TLC entre Chile y EEUU	57
1.2.2 El caso del TLC entre Perú y EEUU.....	59
1.2.3 El TLCAN y La Experiencia Mexicana.....	63
1.2.4 Reflexiones Comunes	67

1.3	La Incidencia del TLC/Col-EEUU en la Globalización Económica, en los Procesos de Integración Comercial y en la Interpretación de la Constitución Política	68
1.3.1	El TLC/Col-EEUU como instrumento de inserción en la economía globalizada.....	68
1.3.2	La proliferación de los acuerdos comerciales y la teoría del “ <i>Spaguetti Bowl</i> ”	74
1.3.3	La irrupción del modelo neoliberal en la Constitución Política a través de los acuerdos comerciales.....	78
2.	Aproximación al AED y su aplicación al TLC/Col-EEUU	83
2.1	Aproximación Conceptual al AED.....	84
2.1.1	Los Orígenes del AED	85
2.1.2	La consolidación del AED como corriente de pensamiento.....	90
2.1.3	La reacción crítica en respuesta al AED y sus nuevas tendencias.....	92
2.2	El debate filosófico frente a los postulados del AED y sus dimensiones positiva y normativa	94
2.2.1	La eficiencia como criterio de valoración del Derecho.....	94
2.2.2	Las orillas del debate filosófico en torno a los postulados del AED	97
2.2.3	Las dimensiones positiva y normativa del AED.....	101
2.3	Casos De Aplicación Del AED Al TLC/COL-EEUU	104
2.3.1	TLC/Col-EEUU y la Teoría de Juegos	105
2.3.2	TLC/Col-EEUU y la Teoría Económica de los Contratos.....	110
2.3.3	Impacto de las asimetrías en el TLC entre Colombia y EEUU	115
3.	Elementos Para Un Análisis De Los Resultados del TLC	119
3.1	Estudios previos sobre los impactos del TLC/Col-EEUU	119
3.1	Materialización de las asimetrías en el TLC/Col-EEUU	123
4.	Conclusiones	127
	Bibliografía	131

Lista de Cuadros

	Pág.
Cuadro 1-1 Agrupaciones metodológicas de los capítulos del TLC/Col-EEUU.	8
Cuadro 1-2 Agrupación de Aspectos Institucionales	9
Cuadro 1-3 Procedimiento de Solución de Controversias en el TLC/Col-EEUU	14
Cuadro 1-4 Agrupación de Acceso a Mercados.....	16
Cuadro 1-5 Categorías de Desgravación Arancelaria	19
Cuadro 1-6 Pasos para modificar los requisitos de origen	24
Cuadro 1-7 Medidas que pueden constituir Obstáculos Técnicos al Comercio.....	28
Cuadro 1-8 Agrupación de Servicios	35
Cuadro 1-9 Servicios en el TLC/Col-EEUU.....	38
Cuadro 1-10 Agrupación de Temas Transversales	39
Cuadro 1-11 Esquema de solución de controversias Inversionista-Estado	41
Cuadro 1-12 Parangón de Regímenes Jurídicos sobre Patentes y Biodiversidad.....	49
Cuadro 1-13 Evolución del Comercio Chile-EEUU (2003-2012)	58
Cuadro 1-14 Evolución Sectorial de las exportaciones chilenas a EEUU.....	59
Cuadro 1-15 Saldo Comercial Perú – Estados Unidos (2009-2014)	61
Cuadro 1-16 Evolución del flujo de IED de EEUU a Perú (2004-2014)	62
Cuadro 1-17 Comercio Exterior entre México y EEUU (1993-2012)	64
Cuadro 1-18 Inversión Extranjera Directa de EEUU y Canadá hacia México.....	65
Cuadro 1-19 Acuerdos de Libre Comercio en Colombia	74
Cuadro 2-1 Alternativas de jugadores en el Dilema del Prisionero.....	107
Cuadro 2-2 Juego del Libre Comercio en un TLC.....	109
Cuadro 3-1 Balanza Comercial Colombia EEUU (2004-2014)	124
Cuadro 3-2 Exportaciones de Colombia a EEUU (2013-2014)	124
Cuadro 3-3 Comportamiento de las importaciones desde EEUU en vigencia del TLC..	125
Cuadro 3-4 Comportamiento de las importaciones dinámicas	126

Introducción

El interés por los impactos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos (TLC/Col-EEUU) en la economía nacional ha generado un debate académico y político desde el inicio mismo de las negociaciones en el año 2003 que hasta el momento se encuentra ciertamente inconcluso. Si bien podemos encontrar una gran cantidad de trabajos investigativos que en su momento ofrecieron distintas perspectivas frente a este problema, es claro que transcurridos tres años desde su entrada en vigencia dichos impactos son ahora cuantificables y se materializan en la cotidianidad de las operaciones comerciales bilaterales, por lo que es posible en este punto de su desarrollo empezar a confirmar o desmentir todos aquellos estudios y previsiones teóricas que se habían formulado al respecto con anterioridad, mediante la observación y comparación de los resultados.

Sin embargo, para comprender estos efectos, lo primero que resulta pertinente señalar, es que desde el inicio de este gran debate se había puesto de presente que el propósito de crear una zona de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos resultaba inicialmente desigual, desnivelado o desequilibrado, dadas las evidentes asimetrías comerciales que caracterizaban el intercambio bilateral¹. Por lo tanto, asegurar un tratamiento constitucional, es decir “*equitativo, recíproco y conveniente*”² para Colombia durante el proceso de negociación e

¹La asimetría como rasgo fundamental del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y EEUU ha sido exhaustivamente abordado por la doctrina nacional, cfr. UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. “*El juego asimétrico del comercio. El tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos*”. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

² Véanse los artículos 226 y 227 de la Constitución Política de Colombia.

implementación del tratado, ante la imposibilidad de beneficiarse en las mismas condiciones que los Estados Unidos, dependió fundamentalmente de la estrategia de negociación que nuestro país adoptó y los intereses nacionales defendidos durante el proceso; así como también del grado de preparación de la industria nacional frente a la competencia con las transnacionales norteamericanas. Porque si bien la estrategia de negociación partía del reconocimiento de la otra parte como un igual en la condición de Estado, no podía predicarse lo mismo con respecto a los agentes económicos que representa ese Estado, pues como es bien conocido por la doctrina jurídica nacional, las relaciones comerciales que se establecen entre las empresas transnacionales norteamericanas y los productores y consumidores colombianos son típicamente desiguales y asimétricas³, por lo que en las negociaciones del TLC/Col-EEUU “*se imponía el deber de estudiar los efectos de las políticas económicas sobre los sectores más débiles y proponer correctivos para garantizar que el crecimiento pueda producirse, resulte equitativo y satisfaga las expectativas sociales y económicas de todos los distintos sectores*”⁴. Era necesario entonces de manifiesto en la negociación las ostensibles asimetrías existentes entre las partes con el fin exigir un tratamiento diferenciado para Colombia, objetivo que en realidad nunca se logró conseguir en el acuerdo.

Es por eso que si queremos reflexionar sobre los resultados actuales del TLC/Col-EEUU, primero deberemos indagar sobre lo acontecido durante el proceso de negociación, ya que no solamente se pone en evidencia este carácter asimétrico del tratado, sino que además es posible comprender las tensiones

³ La asimetría existente entre los agentes del mercado ha sido reconocida como una realidad de la economía colombiana que se caracteriza por el desequilibrio en la información y en las condiciones de acceso de los productores, distribuidores y consumidores al mercado de bienes y servicios, lo cual ha obligado al Estado a expedir una regulación de los derechos de los consumidores con el fin de garantizar una mínima protección, así ha quedado expuesto en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1141/00 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia C-909 de 2012, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ MEYER, Heinrich y DÁVILA, Álvaro (Coord.). “*Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*”. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung Colombia, 2004. p. 1

existentes entre la equidad y la eficiencia, en un fenómeno de creación jurídica concreto en el que la norma no es la expresión de la voluntad del órgano legislativo, sino que es el resultado de una negociación de intereses con otro Estado, en la que puede existir tanto el acuerdo como la imposición, tanto la competencia como la cooperación.

En este sentido, la hipótesis que se defiende es que en una negociación realizada entre dos países inmersos en diferentes tipos de relaciones asimétricas, como es el caso de Colombia y Estados Unidos, es posible que dadas las condiciones asimétricas iniciales, una parte haya podido incidir en la toma de decisiones de la otra, lo que predetermina los resultados de la negociación misma. En este caso, los Estados Unidos tuvieron la capacidad de imponer sus condiciones en razón de su influencia política y económica sobre Colombia, que acepta las reglas del libre comercio de manera casi incondicional como se demostrará a lo largo de esta investigación. La doctrina ha entendido este desequilibrio es inevitable en las negociaciones comerciales que tienen lugar entre países desarrollados y países en desarrollo también conocidas como negociaciones Norte-Sur, pues *“resulta imposible negar que las asimetrías existentes entre las partes, sobre todo en las capacidades de influencia de los países ricos en las políticas internas de aquellos con los que negocian, y el poder que éstos detentan (representado en por el nivel de desarrollo económico, la capacidad política global, las dotaciones y el manejo de recursos), pueden influir positiva o negativamente en el proceso de negociación y terminar por desequilibrar los resultados que inicialmente buscaba una de las partes”*⁵.

En un cambio de estrategia ante el panorama actual del comercio mundial, los Estados Unidos han optado por los escenarios bilaterales de negociación con los países latinoamericanos, ante los exiguos avances conseguidos en distintos escenarios multilaterales de negociación como la OMC como el ALCA. Esta

⁵ ÁLVAREZ ZÁRATE, José Manuel y ROJAS VÁSQUEZ, Iván. “Los acuerdos de libre comercio Norte-Sur desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho de los contratos”. En: AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.). “Serie de Derecho económico: casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 180

nueva estrategia le ha permitido consolidar y maximizar los beneficios, inversiones y demás intereses económicos de las empresas multinacionales que representa. No solo ha mantenido el control sobre el proceso de negociación y los temas puestos sobre la mesa, sino que nunca estuvo avocado ante el riesgo de disminuir la protección de su industria y sus ayudas internas, tal vez la asimetría más fundamental y debatida por los detractores del TLC; ni tampoco avocarse a la implementación de reformas institucionales para lograr armonizar el acuerdo con el ordenamiento interno como sí fue el caso de Colombia, en donde su suscripción implicó una serie de reformas sustanciales del ordenamiento jurídico nacional y en las instituciones del Estado como también se verá en detalle más adelante. Como gran resultado, las asimetrías comerciales en el proceso de negociación desequilibraron el resultado de la negociación a favor de Estados Unidos, en detrimento de nuestra industria nacional y el sector agropecuario, quienes son los grandes perjudicados con su implementación.

Ahora bien, con el fin de realizar un acercamiento a la problemática planteada, el presente trabajo propone un estudio interdisciplinario sobre el acuerdo que integre las perspectivas del Derecho y la Economía con miras a alcanzar dos objetivos centrales. El primero de ellos es lograr una comprensión adecuada de las diferentes funciones jurídicas y económicas que cumple el tratado, las etapas en las que se ha desarrollado y las consecuencias que se han presentado tras su implementación, y el segundo consiste en proponer un marco conceptual que a través de la metodología del Análisis Económico del Derecho (AED) permita comprender y explicar los resultados sobre su desempeño.

A lo largo de este ejercicio, la interdisciplinariedad ha sido constituido una exigencia metodológica fundamental, pues la regulación de las relaciones comerciales bilaterales a través de la negociación de tratados internacionales es un proceso en el que existen, en los términos de la doctrina jurídica nacional, *“diversos problemas cuyo análisis exige la adopción de una perspectiva funcional (económica) que aparece, más que como incompatible, como complementaria de*

*la estructural (jurídica)*⁶. Sin embargo es necesario diferenciar los objetivos del análisis en cada una de las perspectivas de estudio o disciplinas mencionadas, pues mientras el análisis jurídico o dogmático del tratado nos permitirá indagar sobre el contenido de las normas que lo componen, su organización y estructura, así como su incidencia en el ordenamiento legal colombiano, el análisis económico del mismo brinda la posibilidad de comprender adecuadamente la respuesta de los agentes del mercado frente a su implementación.

En este sentido, mediante la aplicación de las herramientas metodológicas del Análisis Económico del Derecho (AED) se intentará explicar el comportamiento de los agentes económicos en el ámbito del libre comercio bilateral tras su vigencia, conocimiento que resulta imprescindible para la formulación de políticas macroeconómicas que permitan superar la crisis de competitividad que afronta nuestro país actualmente frente a este acuerdo.

Así las cosas, el primer capítulo de esta investigación, que corresponde al estado del arte del problema presentado, pretende exponer de manera esquemática el contenido del TLC/Col-EEUU y dar una revisión a sus temas más polémicos, así como revisar algunas experiencias de la implementación de esta clase de acuerdos en otros países de la región, y finalmente establecer las implicaciones del acuerdo en el contexto de la economía globalizada. De manera concreta, en la primera parte del estado del arte se reconstruye la normativa del acuerdo y se presenta de forma general el debate doctrinal frente a sus puntos más debatidos. En la segunda parte se intenta brindar una visión regional, y en todo caso latinoamericana, sobre la experiencia comparada del libre comercio con Estados Unidos para lo cual se analizarán tres casos paradigmáticos como son Chile, Perú y México. Finalmente, en la última parte del estado del arte se desarrollan tres problemas centrales que permiten contextualizar la reflexión sobre los efectos del tratados: i. La inserción de Colombia en la economía globalizada a través del TLC con EEUU ii. La proliferación de los acuerdos bilaterales de libre comercio

⁶ ATIENZA, Manuel. *“Introducción al Derecho”*. México D.F.: Fontamara S.A., 1998. p. 55.

como paradigma actual del comercio internacional y iii. La tensión de diferentes modelos político-económicos en la Constitución de 1991, originada por la irrupción de los acuerdos de libre comercio dentro del ordenamiento legal Colombiano.

El segundo capítulo de la investigación corresponde al marco teórico, y tiene como objetivo proponer unas pautas para el análisis de la problemática plantada y en lo posible brindar o aportar elementos para su solución. En este sentido, inicialmente se realizará un acercamiento conceptual al Análisis Económico del Derecho, y posteriormente se presentará el debate suscitado desde la filosofía del derecho a propósito de sus postulados fundamentales en sus dimensiones positiva y normativa. Finalmente, se realizará un ejercicio de aplicación de dos metodologías concretas para el estudio del tratado: i. La teoría de Juegos y ii. La teoría económica de los contratos, con el fin de determinar cuál fue la incidencia de las asimetrías en la negociación del tratado y cómo se ven reflejadas posteriormente en su etapa de implementación.

En el capítulo final se realizará un ejercicio de síntesis de la exposición teórica, que comparará los estudios previos sobre el impacto del TLC/Col-EEUU con la información disponible sobre los actuales resultados del acuerdo, con el fin de validar empíricamente las hipótesis formuladas en el marco de esta investigación.

1. Delimitación, Contextualización y Justificación del TLC entre Colombia y Los Estados Unidos

El primer capítulo de esta investigación corresponde al estado del arte del problema planteado, y aplica el modelo metodológico de tres pasos sugerido por la Universidad Nacional de Colombia para el desarrollo del Trabajo Final de Maestría. En este sentido, el primer paso consiste en la **reconstrucción normativa** del TLC/Col-EEUU y su propósito es presentar los capítulos que conforman el acuerdo con el fin de garantizar al lector un conocimiento básico tanto de su contenido como de las principales funciones económicas que cumple, y se complementa con los principales estudios doctrinales que se han realizado hasta el momento sobre sus aspectos más debatidos.

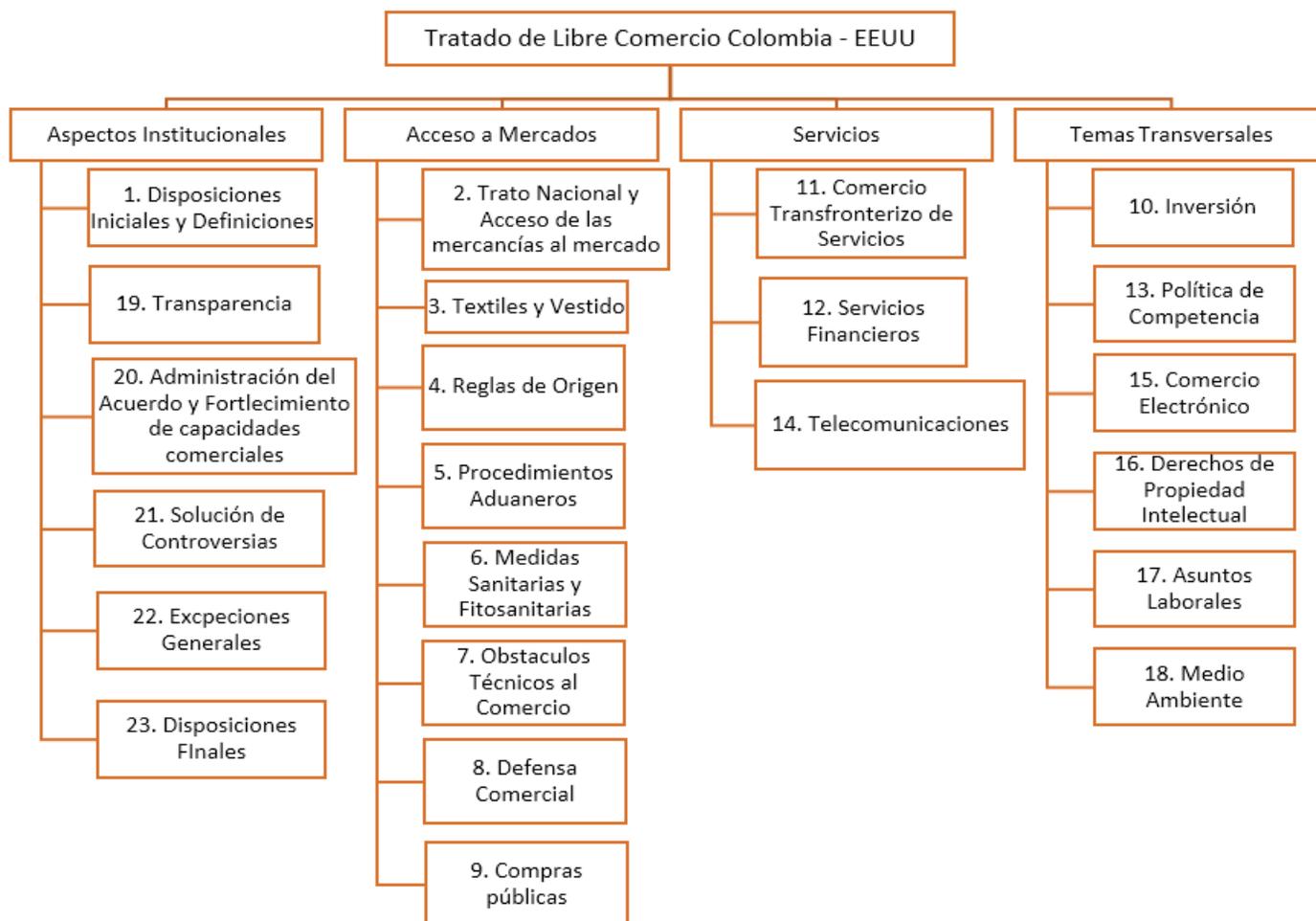
El segundo paso es un estudio de **derecho comparado** sobre la experiencia regional del libre comercio con Estados Unidos para lo cual se tendrán en cuenta tres casos paradigmáticos como lo son Chile, México y Perú.

El paso final propende por una **reconstrucción teórica y conceptual** de la problemática que acarrea el TLC/Col-EEUU, para lo cual se tratará de brindar elementos importantes para entender este acuerdo en el contexto de la globalización económica en general y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico colombiano en particular.

1.1 Reconstrucción Normativa del TLC entre Colombia Y Estados Unidos

La intención de esta primera etapa del estado del arte es presentar el contenido del acuerdo superando las limitaciones propias del análisis puramente dogmático de su

articulado⁷. Para ello he agrupado sus capítulos en cuatro grandes categorías que permitirán realizar un acercamiento más sistemático a sus disposiciones⁸ y que se exponen en el Cuadro 1-1. Por motivos de extensión del trabajo, no seré exhaustivo en la presentación de los aspectos particulares y procedimentales de cada uno de los capítulos, aunque algunos de ellos merecerán una reflexión más profunda que otros.



Fuente: *Elaboración Propia*

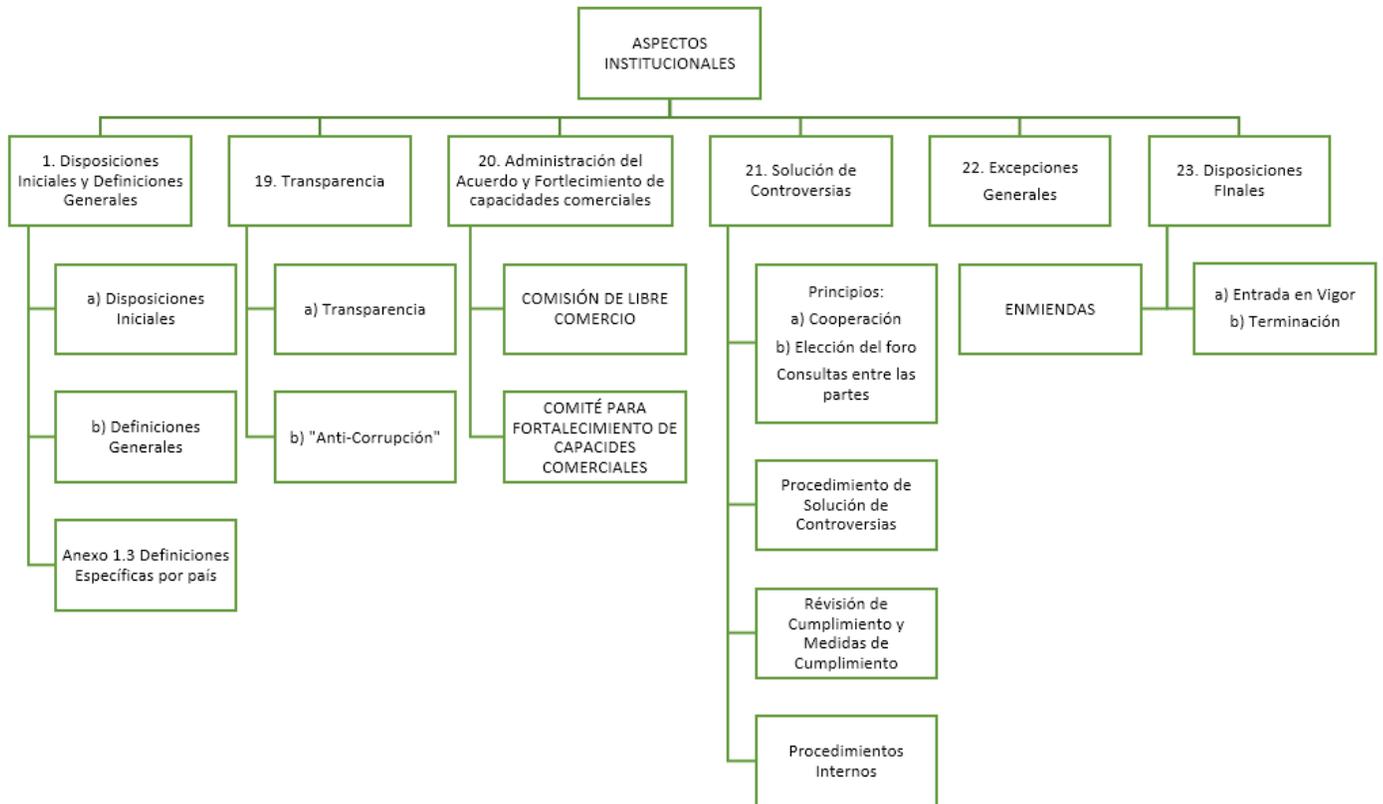
Cuadro 1-1 Agrupaciones metodológicas de los capítulos del TLC/Col-EEUU.

⁷ Para ver un ejemplo de este tipo de estudios meramente expositivos, clarificativos o de comentario sobre el contenido del acuerdo cfr. ABUSAID GÓMEZ, José Alejandro. “*Negocios exitosos TLC Colombia Estados Unidos. Implementación y análisis práctico del tratado*”. Bogotá: LEGIS, 2013.

⁸ Si bien la agrupación de los capítulos del TLC/Col-EEUU que aquí se propone se basa en la presentación del contenido del acuerdo que se puede encontrar en la página web del Ministerio De Comercio Industria Y Turismo de Colombia [<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=725>], tal exposición ha sido modificada de acuerdo a las necesidades metodológicas propias de la investigación.

1.1.1 Aspectos Institucionales

En el Cuadro 1-2 se pueden observar los capítulos del TLC/Col-EEUU que se agrupan en los Aspectos Institucionales, los cuales están relacionados con la actividad institucional de los Estados parte y son comunes en la mayoría acuerdos de libre comercio. En ellos se definen algunas obligaciones fundamentales de reconocimiento y cooperación de los Estados y se establecen mecanismos para la administración del tratado:



Fuente: *Elaboración Propia*

Cuadro 1-2 Agrupación de Aspectos Institucionales

1.1.1.1 La función económica esencial del TLC entre Colombia y EEUU

El primer artículo del acuerdo consagra su función económica esencial, que consiste en la conformación de una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos en

los términos del artículo XXIV del GATT de 1994⁹ y V del AGCS¹⁰. Es necesario entonces traer a colación la definición de zona de libre comercio establecida en el primero de estos instrumentos multilaterales: “8. *A los efectos del presente acuerdo, (...) b) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (...) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio*”¹¹.

Por otra parte, en lo que respecta al artículo V del AGCS, podemos indicar que es acuerdo multilateral establece la posibilidad que tienen los miembros de la OMC de realizar acuerdos de liberalización del comercio de servicios en los siguientes términos: “*El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo...*”¹².

De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que el TLC/Col-EEUU se enmarca en el GATT de 1994 en lo referente al comercio de mercancías y en el AGCS en lo que respecta al comercio de servicios, toda vez que éstos acuerdos resultan vinculantes para ambos países en su condición de miembros de la OMC, y sirven como fundamento de

⁹ El GATT (“General Agreement of Tariffs and Trade” o “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”) es un instrumento de regulación del comercio internacional cuyo objetivo principal es facilitar los intercambios mundiales mediante la suscripción de acuerdos en los que se establezca la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y la eliminación de las restricciones y barreras comerciales entre los países. Si bien en sus inicios el GATT tenía una doble dimensión de instrumento de regulación y de organización internacional, luego de concluir las negociaciones de la Ronda Uruguay en el año de 1994, el Acuerdo de Marrakech da origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC), con lo que desaparece el GATT como organización, pero subsiste como instrumento de regulación, conociéndose en adelante como el “GATT de 1994”, en el que se entienden incorporadas todas sus modificaciones e incorporaciones posteriores. Sobre la transición del GATT a la OMC cfr. WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura. “*Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México*”. 3° ed. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008. p. 51-85.

¹⁰ El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios o AGCS es un tratado internacional de la OMC que constituye uno de los logros más importantes de la Ronda Uruguay de 1994. Se erige como un instrumento normativo internacional que pretende extender el sistema de comercio multilateral al sector de los servicios, con fuerza vinculante para los países miembros de la OMC como Colombia y los EEUU.

¹¹ El texto del GATT original puede ser consultado en línea a través de la página web de la OMC [http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_art24_s.htm] Consultado 23 de febrero de 2015.

¹² El texto del AGCS original puede ser consultado en línea a través de la página web de la OMC [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf] Consultado 23 de febrero de 2015.

cualquier negociación bilateral que busque una liberalización comercial. De allí que las mismas partes ratifiquen en el TLC/Col-EEUU sus derechos y obligaciones en relación con estos acuerdos de la OMC y otros en los que sean parte.

Sin embargo, sea esta la oportunidad para aclarar que el principio fundante de la OMC de la *nación más favorecida*¹³ consagrado en el GATT de 1994 no se aplica al TLC/Col-EEUU, pues aunque ambos países estén obligados a su observación, los miembros de la OMC pueden otorgar tratamientos arancelarios más favorables a los países con los que adelanten una negociación bilateral para establecer una zona de libre comercio, sin tener que hacerlos extensivos a los demás países miembros de la OMC. Al respecto la doctrina sostiene que en *“los pactos bilaterales (o plurilaterales) negociados entre dos o más países con el fin de crear un área de libre comercio o algún proceso de integración similar, (...) vinculan únicamente los países que suscriban dichos pactos o acuerdos pueden acceder a los beneficios derivados del mismo, no así terceros países”*¹⁴.

En este punto es clave que el lector comprenda los alcances del nivel de integración que se pretende alcanzar con EEUU en el marco del acuerdo. Debe quedar claro que la zona de libre comercio no pretende una integración económica en virtud de la cual las partes busquen *“armonizar las políticas internas, liberalizar los factores, negociar conjuntamente con terceros y obtener resultados equitativos y equilibrados”*¹⁵ como sería el caso de un mercado común, por ejemplo, sino una mera integración comercial en la que se busca *“generar un statu quo en materia de liberalización de bienes, servicios, capitales, personas y normas de control, y los países pueden ir más allá de lo que se negoció en la OMC”*¹⁶, de allí que estos tratados también sean conocidos como acuerdos “OMC plus”.

¹³ *“El principio de la nación más favorecida es una piedra angular del sistema multilateral de comercio concebido después de la Segunda Guerra Mundial. Trata de reemplazar las fricciones y distorsiones de características de las políticas (bilaterales) basadas en la fuerza por las garantías de un marco basado en normas, en el que el derecho a comerciar no depende de la influencia económica o política de los distintos participantes. Por el contrario, las condiciones más favorables de acceso que se hayan concedido a un país deben otorgarse automáticamente a todos los demás participantes en el sistema”*. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Módulo de formación sobre el AGCS” Capítulo 1 Finalidad y conceptos básico. Disponible en internet. [http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/cbt_course_s/c1s6p1_s.htm] Consultado 24 de febrero de 2015.

¹⁴ WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura. (2008) *Óp. Cit.* p. 55

¹⁵ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 189

¹⁶ *Ídem*

Frente a este punto es necesario que se entienda que la conformación de una zona de libre comercio no supone la conformación de entidades supranacionales que se eleven por encima de las partes suscribientes para regular sus relaciones comerciales y dirimir sus controversias con base en una normativa común, como pueden observarse en el caso de la Comunidad Andina de Naciones o la Unión Europea, sino que implica la creación de entidades o comités técnicos que únicamente se encargan de vigilar y administrar las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo. En este sentido, *“mientras en los mercados comunes hay una cesión supranacional de la soberanía para establecer una democracia ampliada y crear las instituciones correspondientes, en los acuerdos de libre comercio “OMC plus” la seguridad jurídica de todas las disposiciones específicas que se aprueben descansa en instituciones privadas”*¹⁷.

Para concluir esta sección debemos indicar que si la función económica principal del TLC/Col-EEUU consiste en crear una zona de libre comercio entre ambos países en la cual se eliminarán las barreras al comercio tanto arancelarias como no arancelarias como se viene precisando, es necesario indagar de qué manera y en qué tiempos se llevará a cabo este objetivo, lo que se tendrá la oportunidad de analizarse en la siguiente agrupación propuesta de Acceso a Mercados. Por lo pronto, presentemos otros aspectos institucionales que resultan relevantes.

1.1.1.2 Otros Aspectos Institucionales

A continuación explicaré brevemente los demás capítulos de aspectos institucionales que integran la agrupación. Así pues, el capítulo 19 del TLC/Col-EEUU establece una serie de medidas tendientes a garantizar que el cumplimiento de las obligaciones de las partes se efectúe con lealtad y probidad. Estas medidas se dividen en dos secciones. En la “Sección A” referente a la transparencia, se establece la obligación de cada parte de designar puntos de enlace para facilitar la comunicación entre ellas sobre cualquier asunto comprendido en el acuerdo y se impone el deber de publicar prontamente las normas, reglamentos y procedimientos por medio de los cuales se implementa el mismo.

¹⁷ *Ibíd.* p. 190

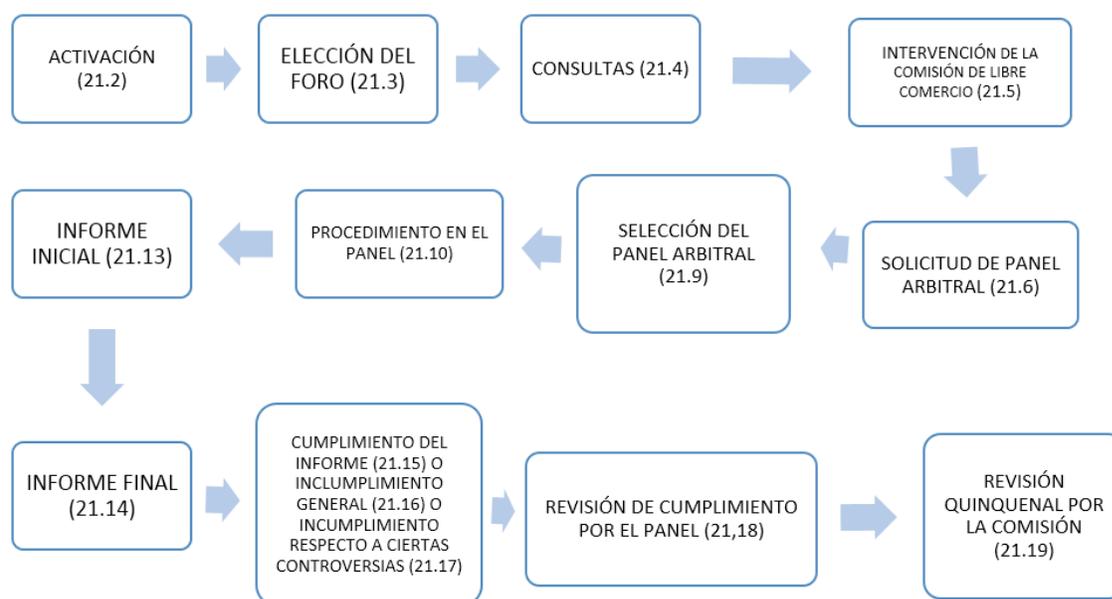
En cuanto a la “Sección B” referente a la “Anti-corrupción”, las partes se reafirman en los derechos y obligaciones derivados de los instrumentos internacionales pertinentes¹⁸ y se comprometen a tomar las medidas legislativas tendientes a perseguir penalmente las conductas constitutivas de actos de corrupción que afectan el comercio y la inversión internacional.

Posteriormente, el capítulo 20 establece la forma de administración del acuerdo a través de dos figuras institucionales. La primera de ellas es la Comisión de Libre Comercio, la cual se integra por representantes del nivel ministerial de cada Estado parte y tiene como función principal supervisar la implementación y ulterior desarrollo del acuerdo, así como resolver las controversias que puedan surgir con respecto a su interpretación o aplicación. Además, esta comisión tiene otras facultades importantes como las de modificar las listas de eliminación arancelaria con el fin de acelerar el proceso de desgravación, así como modificar las reglas de origen de textiles y también las específicas de origen, y también el anexo de contratación pública. La segunda figura importante es el Comité para el Fortalecimiento de las Capacidades Comerciales, integrado por representantes de cada una de las partes, el cual tiene la función de propiciar la implementación de proyectos que permitan realizar estas tareas de fortalecimiento de las capacidades comerciales, los cuales deberán enmarcarse dentro de una estrategia nacional que cada parte deberá formular y presentar ante el Comité.

Por su parte el capítulo 21 establece el procedimiento para la solución de las controversias que se puedan presentar entre las Partes con respecto a la interpretación o aplicación del acuerdo. A continuación en el Cuadro 1-3 se expone una idea general sobre dicho procedimiento sin agotar la exposición en el detalle de cada una de sus etapas, no obstante se cita cada uno de los artículos en caso de se tenga interés en consultar a profundidad. Al respecto debemos recordar que este sistema de solución de controversias consagrado en el TLC/Col-EEUU no es nuevo, ni mucho menos convenido, no es el resultado de un acuerdo entre las partes, prácticamente se trata del mismo modelo que ya había sido implementado en otros acuerdos bilaterales de libre comercio como es el caso del TLC Chile – Estados Unidos, TLC Perú – Estados Unidos y TLCAN.

¹⁸ Se hace referencia explícitamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2006.

Por ello ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina especializada, pues no contempla “la creación de tribunales plurilaterales o interestatales, sino simplemente la utilización de mecanismos de arbitraje, conformados por panelistas que obedecen exclusivamente a intereses privados, no estatales, y con un sesgo meritocrático, cuyos laudos son de obligatorio cumplimiento para los países que forman parte del Tratado”¹⁹. Por lo tanto, cuando se escoge un modelo de solución de controversias como el que se presenta, basado exclusivamente en el arbitraje, esto no implica el surgimiento de una verdadera justicia supranacional para las partes, ya que como lo ha entendido la doctrina, “la base de la seguridad jurídica de estos acuerdos es justicia privada en vez de tribunales supranacionales”²⁰.



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1-3 Procedimiento de Solución de Controversias en el TLC/Col-EEUU

A pesar de que el arbitraje es una forma más expedita para resolver conflictos de carácter privado en el ámbito internacional, puede concluirse que este sistema de solución de controversias es meramente operativo en el marco del tratado, ya que no permite que las partes pongan de manifiesto el carácter injusto o desproporcionado de

¹⁹ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. “La trampa del bilateralismo”. En: Revista de Economía Institucional Vol. 12 No. 23. Segundo Semestre. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010. p. 335

²⁰ MEYER, Heinrich y DÁVILA, Álvaro (2004). *Óp. Cit.* p. 84

las obligaciones adquiridas a raíz de la negociación por parte de los Estados, sino que solamente pueden ventilar lo relativo a su cumplimiento. Por eso la doctrina consultada aclara que *“los paneles arbitrales o tribunales (de arbitramento) no analizan en el marco de un conflicto comercial si el compromiso fue justo o no (es decir, no entran a indagar sobre el proceso de negociación, si hubo o no, o si los compromisos son recíprocos) sólo buscan que éste se cumpla”*²¹ o sancionar su incumplimiento.

1.1.1.3 Excepciones y Disposiciones Finales

Para finalizar esta agrupación sobre los aspectos institucionales, el capítulo 22 consagra ciertas excepciones generales sobre la aplicación del TLC/Col-EEUU, con el fin de que sus disposiciones no sean interpretadas en el sentido de impedir que las partes adopten las medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, o la conservación de los recursos vivos o no vivos agotables. También se establece que las normas del TLC/Col-EEUU tampoco podrán interpretarse en el sentido obligar a las partes a proporcionar o dar acceso a información que pudiera afectar los intereses nacionales en materia de seguridad, ni impedir que apliquen las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o restauración de la paz.

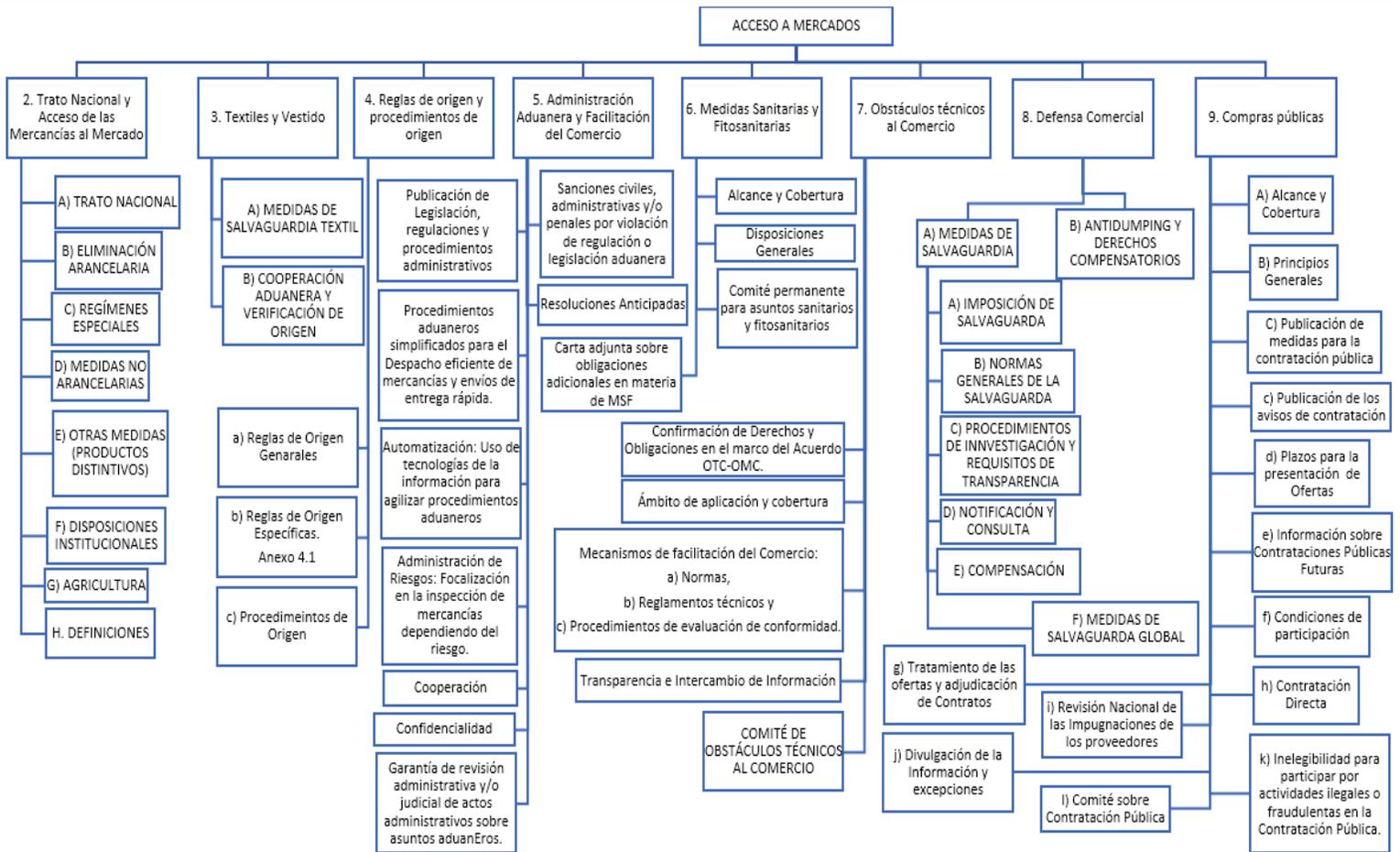
El capítulo 23 establece algunas disposiciones finales entre las que se encuentra la enmienda del tratado, el deber de consulta entre las partes cuando existan modificaciones sobre los acuerdos de la OMC que hagan parte integral del mismo, la entrada vigencia del TLC/Col-EEUU²², la terminación de acuerdo de manera unilateral mediante la notificación escrita a la contraparte, y la posibilidad de que otro país o grupo de países se adhieran al acuerdo en los términos y condiciones que se establezcan entre el adherente y las demás Partes, una vez surtido el procedimiento aprobatorio interno tanto en éstas como en aquel.

²¹AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*). *Óp. Cit.* p. 181.

²² El acuerdo establece en su artículo 24.4 Numeral 1 que la entrada en vigencia tendrá lugar 60 días después de que las partes intercambien las notas escritas referentes al cumplimiento del procedimiento de aprobación interna, frente a lo cual vale la pena recordar que dicho canje de notas tuvo lugar entre el 9 y 15 de abril de 2012 en el marco de la VI Cumbre de las Américas, y la entrada en vigor se dio a partir de la publicación del Decreto 993 del 15 de mayo de 2012, mediante el cual se promulga el acuerdo.

1.1.2 Acceso a Mercados

En el Cuadro 1-4 de la siguiente página se pueden observar los capítulos que hacen parte de la segunda agrupación metodológica que se propone para la presentación del contenido del TLC/Col-EEUU, correspondiente al tema de acceso a mercados. Estos capítulos materializan algunas de las funciones económicas más importantes del acuerdo y regulan las condiciones en las cuales las mercancías provenientes de una parte ingresarán a los mercados de la otra.



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1-4 Agrupación de Acceso a Mercados

El capítulo 2 del tratado es fundamental pues regula, en primer lugar, el otorgamiento del trato nacional a las mercancías provenientes de los Estados Parte, que consiste en que *“Tanto las mercancías nacionales como las importadas deben recibir igual tratamiento una vez que éstas han entrado al mercado. Esto es, una vez que la mercancía ha pagado sus respectivos impuestos en la aduana dicho producto es reputado como de*

*origen nacional, no pudiendo ser objeto de impuestos o cargas especiales*²³. Así, de conformidad con el artículo III del GATT de 1994, estas mercancías no estarán sujetas a *“impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares”*²⁴, y en todo caso no deberán recibir *“un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”*²⁵.

En segundo lugar, este capítulo regula otra función económica fundamental del tratado que es la eliminación o la reducción gradual de las barreras del comercio de mercancías, sean estas arancelarias²⁶ como no arancelarias²⁷, con el fin de facilitar el acceso al mercado de cada parte. Sin embargo, como bien lo ha entendido la doctrina, la noción actual de “acceso” ha tenido una notable evolución, pues no se limita a las barreras arancelarias y no arancelarias, sino que *“integra un amplio conjunto de políticas que deben promover las condiciones de competencia en los mercados de destino”*²⁸ entre las que se incluyen reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, medidas de salvaguarda y antidumping, entre otras que se explican en otros capítulos de esta misma agrupación.

²³ WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura. Óp. Cit. p. 55

²⁴ Artículo III, párrafo 2 del GATT de 1994.

²⁵ Artículo III, párrafo 4 del GATT de 1994.

²⁶ *“Las barreras arancelarias son las tarifas o impuestos que se pagan cuando un bien importado entra al mercado de un país y pueden ser porcentuales o específicas. Las primeras se definen como un porcentaje sobre el valor del costo de la mercancía (CIF por sus siglas en inglés). Las barreras específicas imponen el pago de un monto de dinero sobre cada unidad del respectivo producto.”* RAMÍREZ Ocampo, Jorge. *“¿No TLC? El impacto del tratado en la economía colombiana”*. Bogotá: Norma, 2007. p. 235

²⁷ *“Por su parte, las barreras no arancelarias se refieren a los elementos que impiden el acceso al mercado y no son aranceles, como cuotas, licencias, sobretasas a la importación o cualquier otro mecanismo que establezca el régimen comercial del país.”* *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.* p. 234.

1.1.2.1 La Eliminación Arancelaria

La sección B del capítulo 2 materializa una función económica trascendental del acuerdo, pues establece las condiciones de eliminación de los aranceles aduaneros vigentes entre las partes, de acuerdo a los siguientes principios:

I) Prohibición de incrementar los aranceles aduaneros existentes o adoptar aranceles aduaneros nuevos, sobre una mercancía originaria de la otra parte,

II) Cada parte eliminará progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias de conformidad con su lista de desgravación establecida en el anexo 2.3 del acuerdo²⁹,

III) Colombia podrá otorgar un tratamiento arancelario idéntico o más favorable a una mercancía según lo dispuesto en los instrumentos jurídicos de integración andina, en la medida en que las mercancías cumplan con las reglas de origen contenidas en esos instrumentos,

IV) Las partes pueden realizar consultas entre sí para considerar la aceleración de la eliminación de aranceles aduaneros, y

V) Ninguna parte podrá condicionar la exención de aranceles aduaneros, o condicionar la ampliación de una exención arancelaria existente, o condicionar su continuación, al cumplimiento de requisitos de desempeño.

Teniendo en cuenta estos principios, vale la pena aclarar que la intención de este trabajo no es realizar una descripción pormenorizada de las Listas de Desgravación Arancelaria, tanto agrícola como industrial, que se encuentran contenidas en el mencionado Anexo 2.3 del tratado para cada uno de los países. Sin embargo, es pertinente realizar una referencia general sobre las categorías de desgravación allí definidas y sobre algunos productos que se han considerado sensibles para Colombia.

²⁹ “Desde el punto de vista multilateral, el proceso de reducción de aranceles comienza con el GATT, que empezó a regir desde 1948 y en el cual se estableció un conjunto de normas que buscan eliminar las principales restricciones comerciales, que en ese momento eran de tipo arancelario. Las seis primeras rondas del GATT se orientaron a esa finalidad. El GATT tenía un carácter provisional y tuvo un gran éxito en la reducción de los aranceles”. *Ibíd.* p. 235

Podemos afirmar que las categorías de desgravación hacen referencia a unos periodos de tiempo determinados o etapas anuales después de las cuales los aranceles vigentes sobre las mercancías originarias de una parte deberán ser eliminados completamente y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles para acceder al país importador. La idea es que durante estos periodos de tiempo los productores nacionales, con base en las medidas y acciones institucionales pertinentes que planifique y adopte el Gobierno Nacional, se preparen para un futuro escenario de competencia en igualdad de condiciones con los productores norteamericanos que accederán al mercado colombiano con sus mercancías libres de arancel. En el Cuadro 1-5 podemos observar todas las categorías existentes para Colombia con la cantidad de etapas que corresponde para cada una de ellas:

Categoría	A	B	BB	C	D	H	K	L	M	N	T	U	V	W	X	Y	Z
Duración en etapas anuales	0	5	9	10	15	3	7	8	9	12	11	5	10	10	18	18	19

Fuente: *Elaboración Propia*

Cuadro 1-5 Categorías de Desgravación Arancelaria

Mencionemos algunos datos básicos sobre productos sensibles que permitan explicar el cuadro anterior: más del 80% de la lista de desgravación agrícola de Colombia tiene categoría “A” lo cual implica que todas estas mercancías se encuentran libres de arancel desde el 15 de mayo de 2012, fecha en que entró a regir el acuerdo. Sin embargo, algunos productos relativamente sensibles para Colombia fueron incluidos en categorías que manejan mayores plazos de desgravación progresiva; por lo que a modo de ejemplo y sin ánimo de entrar en detalle podemos mencionar los siguientes: a) La carne de cerdo, pavo, pato y ganso; buena parte de las leches y natas; huevos con cascara; papas, arvejas; buena parte del café; harina de arroz, almidones y féculas; grasas y cebos; buena parte de los aceites y embutidos; algunos chocolates, entre otros son categoría “B” que corresponde a 5 etapas anuales de desgravación progresiva antes de quedar totalmente libres de arancel; b) Huevos sin cáscara y demás son categoría “C” que corresponde a 10 etapas anuales; c) Fríjoles crudos son categoría “L” es decir 8 años; d) Los demás maíces que no son duros, amarillos o reventones tienen categoría “N” de 12 anualidades, e) Azúcares de caña y remolacha son categoría “D” correspondiente a 15 años, entre otros casos.

Pero valga la pena aclarar que no todos los productos tienen una categoría específica de desgravación. De hecho, en el “Apéndice I” podemos encontrar algunos productos altamente sensibles para Colombia que si bien se encuentran libres de arancel desde la entrada en vigencia del Acuerdo, se ha limitado la cantidad acumulada del respectivo producto que se puede importar anualmente desde EEUU, y durante una determinada cantidad de años, luego de los cuales se podrán importar cantidades ilimitadas de tales mercancías libres de arancel. Esto se conoce como “*Contingente arancelario*”³⁰. Dentro de este grupo podemos encontrar Carne de Bovino de Calidad Estándar, despojos de Carne de Bovino, Aves que han terminado su proceso productivo, los famosos cuartos traseros de pollo, Leche en polvo, Yogurt, Mantequilla, Queso, Helado, frijol seco, Maíz amarillo y blanco, sorgo, Arroz, entre otros.

Luego de esta breve exposición respecto a las medidas de eliminación de las barreras arancelarias al comercio de mercancías, debo aclarar que la negociación agrícola en el TLC/Col-EEUU es un tema amplio que trabajaré a profundidad en el marco teórico aplicando el Análisis Económico del Derecho, por lo que por ahora pasaré a estudiar las medidas de eliminación de las barreras no arancelarias que se encuentran en la Sección D del capítulo 2 del acuerdo.

1.1.2.2 Medidas no arancelarias

La eliminación arancelaria, como medida cuantitativa, no resulta suficiente para garantizar condiciones adecuadas de acceso a los mercados por parte de los exportadores. También se enfrentan a las barreras cualitativas consagradas en el derecho interno, es decir, a todas aquellas reglamentaciones dirigidas a controlar el ingreso de los productos y servicios a los mercados, y que se materializan en diferentes instrumentos restrictivos tales como cuotas, contingentes, licencias, reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias, reglas de origen, sobretasas entre otras prohibiciones o

³⁰ “*Los contingentes arancelarios son volúmenes limitados de importación para un producto en particular con un arancel menor que el arancel consolidado para el resto de importaciones del mismo producto. Estos contingentes son uno de los métodos usados dentro de las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio para otorgar tratamientos preferenciales a productos que son sensibles para la producción del país*” DIAN. “Contingentes arancelarios dentro del marco del TLC con Estados Unidos”. Disponible en Internet: [http://www.dian.gov.co/descargas/tlc/Contingentes_Arancelarios.pdf] Consultado 26 de febrero de 2014.

condicionamientos, que terminan jugando un papel fundamental en el desarrollo del comercio bilateral y en la toma de decisiones de los agentes. Frente al TLC/Col-EEUU es necesario señalar que de conformidad con el artículo 2.8 del TLC/Col-EEUU, las partes se comprometen a no adoptar o mantener alguna prohibición o restricción a la importación de cualquier mercancía proveniente de la otra parte³¹, incluyendo las siguientes:

- a) Requisitos de precios de exportación e importación, salvo lo permitido para la ejecución de los compromisos y disposiciones en materia de derechos antidumping.
- b) Concesión de licencias de importación condicionadas al cumplimiento de un requisito de desempeño.
- c) Restricciones voluntarias a la exportación incompatibles con el artículo VI del GATT de 1994.

Para concluir esta sección es oportuno mencionar que con el fin de propiciar eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias, se crea entre las partes el Comité de Comercio de Mercancías, conformado por representantes de cada una de ellas, quienes con base en los criterios orientadores que se indicaron inicialmente, pueden proponer a la Comisión de Libre Comercio una aceleración de las políticas de liberalización implementadas con el tratado por ejemplo mediante el cambio de categoría arancelaria de un producto o grupo de productos.

1.1.2.3 Textiles y Vestido

El capítulo 3 del TLC/Col-EEUU regula el tema de textiles y vestido. Establece la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia textil durante el periodo de transición

³¹ No obstante el artículo XI del GATT de 1994 establece algunas excepciones a esta prohibición en virtud de las cuales sí es posible adoptar o mantener restricciones a la importación de mercancías provenientes de otros países o a la exportación de mercancías dirigidas hacia ellos por ciertas razones de interés general o en desarrollo de ciertas medidas y políticas gubernamentales. Estas excepciones, de conformidad con el artículo 2.8 del TLC/Col-EEUU, se incorporan al acuerdo y hacen parte integral del mismo.

(correspondiente a cinco años a partir de la vigencia del acuerdo) cuando una de las partes considere que la reducción o eliminación arancelaria ocasione que una mercancía textil se exporte en cantidades tales que cause un perjuicio grave o amenaza real a una rama de la industria nacional productora de una mercancía similar o directamente competidora. Este perjuicio o amenaza real deberá ser determinado mediante una investigación realizada por la autoridad competente respectiva en cada parte, y de comprobarse, la parte que aplique la salvaguarda deberá a la otra una compensación de liberalización comercial que tenga efectos comerciales equivalentes a los de la medida aplicada, y si no existe un acuerdo sobre dicha compensación, la parte afectada podrá unilateralmente tomar medidas contra cualquier mercancía a fin de compensar tales perjuicios. Podemos afirmar que la razón de ser de estas medidas de salvaguarda tiene asidero al considerar los posibles impactos que tendría el acceso inmediato y libre de aranceles a los mercados de las partes en vigencia del acuerdo.

La falta de preparación de la industria nacional frente al ingreso de importaciones de productos de la cadena textil-confecciones provenientes de EEUU es preocupante. Inclusive desde antes de la vigencia del acuerdo la doctrina había resaltado la necesidad de mejorar la competitividad del sector textil de cara a su implementación³². Se afirmó en su momento que Colombia *“tiene debilidades competitivas en insumos de la cadena como preparación e hilatura de fibras textiles y tejeduría de productos textiles. Así mismo cabe recordar que (...) no es competitiva en las corrientes internacionales de comercio en otros insumos de sector textil-confección, como algodón, lana para tejidos y fibras sintéticas y artificiales”*³³. En segundo lugar, este capítulo establece la conformación de un Comité de Asuntos Comerciales de Textiles y Vestido.

Esto explicaría en buena medida que en el marco actual de implementación y de los resultados parciales del acuerdo podamos observar que si bien algunos productos textiles como trajes, conjuntos, chaquetas (sacos), pantalones largos, pantalones con peto, pantalones cortos (calzones) y shorts (excepto de baño), para hombres o niños, siguen siendo principales productos de exportación hacia Estados Unidos, la salida de

³² COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *“Impacto económico del TLC con Estados Unidos en la Región Bogotá – Cundinamarca”*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2008. p. 153.

³³ *Ibíd.* p. 156

estos productos ha tenido una reducción promedio del 5% anual³⁴ después de que entró a regir el tratado, lo que demuestra la falta de preparación de la industria textil para competir en los Estados Unidos.

1.1.2.4 Reglas y Procedimientos de Origen

En el capítulo 4 del TLC/Col-EEUU se señalan las reglas de origen y el procedimiento para determinar si una mercancía puede ser considerada como originaria, y por tanto, recibir las preferencias arancelarias consagradas en el acuerdo. Pues bien, de manera general podemos afirmar que una mercancía puede predicarse como originaria cuando es obtenida en su totalidad o producida enteramente en el territorio de un Estado parte usando materiales originarios de ese mismo Estado. Sin embargo, cuando la mercancía es producida en un estado parte usando materiales originarios y no originarios, sólo se podrá reputar originaria cuando sea objeto de una transformación sustancial. Para definir cuando existe una transformación sustancial se ha establecido en primer lugar el criterio de cambio de clasificación arancelaria³⁵ y en segundo lugar, puede conferirse origen a un producto siempre que agregue un mínimo de valor a los materiales importados usados para su fabricación, lo que se conoce como el criterio del valor de contenido regional³⁶. Ambos criterios fundamentan el Régimen de Origen del TLC/Col-EEUU, que incluye los siguientes aspectos fundamentales:

³⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. “Estados Unidos Perfil Económico y Comercial”. Bogotá: Oficina de Estudios Económicos. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2014. p. 5 Disponible en Internet [<http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=6824>]. Consultado 1 de marzo de 2015.

³⁵ “Con el criterio de cambio de clasificación arancelaria, un bien elaborado en un país con materiales originarios de otro podrá considerarse originario, si el proceso productivo permite que el producto terminado tenga una clasificación arancelaria distinta de la de los materiales importados usados en su producción”, cfr. COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ” (2008) Óp. Cit. p. 39.

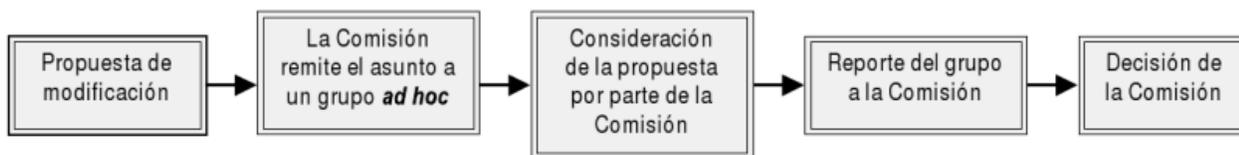
³⁶ “El valor de contenido regional (VCR) es el valor de los insumos regionales que se incorporan al producto final de exportación, expresado como porcentaje. En el acuerdo se adopta el valor ajustado para determinar el VCR. El valor ajustado es el valor en aduanas menos cualquier costo de transporte internacional que se incluya en el valor de la aduana, cuando éste no es de propiedad de alguna de las partes. (...) El porcentaje de VCR se determina al establecer los requisitos específicos de la sub partida correspondiente, por medio del método de reducción del valor (MNO) o el método de aumento de valor” cfr. RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). Óp. Cit. p. 253

a) La cláusula de *minimis*: Esta cláusula establece que “*serán considerados como originarios aquellos productos en los cuales el valor de los materiales no originarios que no cumplen con el requisito de cambio de clasificación arancelaria sea igual o inferior a un porcentaje (...) de 10%*”³⁷. El anexo 4.6 del acuerdo consagra algunas excepciones a esta norma que por motivos de extensión no es del caso puntualizar.

b) El principio de acumulación: Mediante el principio de acumulación, las mercancías y materiales incorporados a una mercancía en el territorio de una de las partes, se considerarán originarios del territorio de esa parte. Frente a este punto es claro que “*el texto sobre acumulación de materiales y procesos es semejante a los acordados en los tratados celebrados por Estados Unidos con Chile y Centroamérica*”.³⁸

c) El principio de Absorción: Este principio consiste en que un bien intermedio puede considerarse originario si “*cumple con los requisitos de procesamiento aunque esté fabricado con materias primas importadas de terceros países, puede contabilizarse como completamente originario en el cálculo del valor agregado del producto que lo utiliza en un proceso de transformación*”.³⁹

Por otra parte, vale la pena resaltar que este capítulo también regula el procedimiento para realizar consultas entre los Estados parte tendientes a proponer y aprobar modificaciones del Régimen de Origen. A continuación se presenta el Cuadro 1-6, en el que se expone con un diagrama los pasos para modificar este régimen:



Fuente: RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). Óp. Cit. p. 258

Cuadro 1-6 Pasos para modificar los requisitos de origen

Para concluir esta sección es adecuado indicar que también se consagran los procedimientos de Origen, que contienen algunas novedades como la auto-certificación

³⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ” (2008) Óp. Cit. p. 38.

³⁸ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). Óp. Cit. p. 256

³⁹ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ” (2008) Óp. Cit. p. 38

por parte del productor, exportador o importador y la certificación electrónica; también se regulan los procedimientos de verificación de certificados de origen para ejercer control de las operaciones.

1.1.2.5 Administración aduanera y facilitación del comercio

El capítulo 5 del TLC/Col-EEUU consagra una serie de medidas tendientes a garantizar que los agentes involucrados en el intercambio bilateral, puedan realizarlo de una manera ágil y efectiva. Establece el deber de las partes de publicar las regulaciones y procedimientos administrativos aduaneros, así como el compromiso de que tales procedimientos sean simplificados para facilitar un despacho eficiente de mercancías, lo que implica el deber de apoyar estos trámites usando tecnologías de información que permitan su automatización. Estas obligaciones son especialmente aplicables a los envíos de entrega rápida tal y como lo establece el artículo 5.7 del TLC/Col-EEUU. Además, debemos mencionar que se establece el deber de las partes de adoptar sistemas de administración de riesgos que permitan a las autoridades aduaneras focalizar la inspección a las mercancías de alto riesgo, y también se regulan algunas obligaciones de Cooperación, Confidencialidad, Doble Instancia en procedimientos administrativos aduaneros y Expedición de Resoluciones Anticipadas de importación.

1.1.2.6 Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Con el fin de comprender el tema de las medidas Sanitarias y Fitosanitarias aplicables al TLC/Col-EEUU, el insumo fundamental que debe tenerse en cuenta es el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC⁴⁰ (en adelante Acuerdo MSF), respecto al cual podemos afirmar que consagra una serie de derechos y

⁴⁰ El Acuerdo MSF es un acuerdo obligatorio para los miembros de la OMC que fue negociado durante la Ronda Uruguay. *“Tiene por objetivo establecer el equilibrio entre el derecho de los gobiernos de proteger la inocuidad de los alimentos, la sanidad vegetal y la sanidad animal por un lado, y evitar que estas medidas sanitarias y fitosanitarias sean injustificadas barreras comerciales por el otro”* cfr. STANTON, Gretchen. *“El acuerdo MSF: Acuerdo de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”*. En Revista Fórum de Comercio Internacional. Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2010. p. 1

obligaciones que son ratificadas por los estados parte en el marco del TLC /Col-EEUU. De esta forma, si bien las normativas en materia MSF pueden ser consideradas como barreras al comercio, debe propenderse porque éstas tengan una base científica, que garantice un nivel adecuado de protección. De allí que el tema de las MSF haya sido de especial interés para Colombia durante el escenario de negociación del acuerdo “*pues por ésta vía se puede mejorar el acceso al mercado de Estados Unidos de la mayoría de productos agrícolas con potencial de exportación, los cuales en muchos casos no enfrentan tarifas arancelarias muy altas*”⁴¹.

Por otra parte, es posible resaltar algunos instrumentos internacionales que enmarcan las obligaciones adquiridas en el TLC/Col-EEUU en materia de MSF como por ejemplo las directrices establecidas por la “Comisión del Codex Alimentarius” (CCA)⁴² sobre la inocuidad de los alimentos, las establecidas por la Oficina Internacional de Epizootias (OIE)⁴³ en lo referente a la Sanidad Animal y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) en lo que respecta a la preservación vegetal⁴⁴.

⁴¹ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ” (2008) *Óp. Cit.* p. 44

⁴² “*En términos sencillos, el Codex Alimentarius es un conjunto de normas, códigos de prácticas, directrices, y otras recomendaciones. Algunos de estos textos son muy generales y otros muy específicos. Algunos contienen requisitos detallados sobre un alimento o grupos de alimentos; otros tienen por objeto el funcionamiento y la gestión de procesos de producción o el funcionamiento de sistemas de reglamentación pública de la inocuidad de los alimentos y la protección de los consumidores*”. La Comisión del Codex Alimentarios y sus órganos auxiliares “*están encargados de preparar las normas alimentarias y publicarlas en el Codex Alimentarius, así como actualizarlas para garantizar que estén en consonancia con los conocimientos científicos del momento y las necesidades de los Estados Miembros*”. cfr. OMS-FAO. “*Qué es el Codex Alimentarius*”. Tercera edición. Roma: OMS-FAO, 2006. p. 11, 17 y 18. Disponible en internet: [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/understanding/Understanding_ES.pdf] consultado 4 de marzo de 2015.

⁴³ “*La necesidad de combatir contra las enfermedades de los animales a nivel mundial constituyó el motivo por el cual se creó la Oficina Internacional de Epizootias gracias al Acuerdo Internacional firmado el 25 de Enero de 1924. En mayo de 2003 la Oficina se convirtió en la Organización Mundial de Sanidad Animal, pero conserva su acrónimo histórico OIE.*” Uno de los objetivos fundamentales de esta entidad es garantizar la seguridad sanitaria del comercio mundial mediante la elaboración de reglas sanitarias aplicables a los intercambios internacionales de animales y productos de origen animal cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SANIDAD ANIMAL (OIE). “*Objetivos: seguridad sanitaria*”. Disponible en internet en la página oficial de la OIE [http://www.oie.int/es/quienes-somos/nuestras-misiones] consultado 4 de marzo de 2015

⁴⁴ “*La CIPF es un tratado multilateral depositado en poder del Director General de la FAO y administrado a través de la Comisión Interina de Medidas Fitosanitarias en cooperación con organizaciones regionales y nacionales de protección fitosanitaria. La finalidad de la Convención es “la cooperación internacional en la lucha contra las plagas de las plantas y de los productos de origen vegetal y en la prevención de su propagación internacional, y especialmente de su introducción en áreas en peligro*”. FAO. “*Convención Internacional de protección fitosanitaria*”.

Finalmente, en este capítulo también se regula la conformación de una Comité Permanente de MSF (artículo 6.3) que impulsará implementación entre las partes del Acuerdo MSF, mediante la organización de foros sobre estos temas y la creación de grupos técnicos ad hoc. Sin embargo debe aclararse que el mismo acuerdo excluye la posibilidad de que las partes tengan acceso al mecanismo de solución de controversias consagrado en el capítulo 21 para ventilar los conflictos que surjan en materia de MSF, esto de conformidad con el artículo 6.2 del mismo TLC/Col-EEUU.

1.1.2.7 Obstáculos Técnicos al Comercio

El capítulo 7 del TLC/Col-EEUU corresponde al tema de los obstáculos técnicos al comercio, entendidos como aquellas “*medidas sobre las características de los productos contenidas en la regulación interna de los países que pueden eventualmente convertirse en barreras al comercio*”⁴⁵. En este sentido, es posible afirmar que así como en el tema de medidas sanitarias y fitosanitarias las partes ratifican sus derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo MSF, para el caso de los obstáculos técnicos al comercio, el instrumento internacional aplicable al TLC/Col-EEUU es el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) de la OMC, el cual que tiene como objetivo impedir que se adopten reglamentos técnicos, normas y procedimientos de prueba y certificación que levanten obstáculos innecesarios al comercio⁴⁶.

Este capítulo regula una serie de medidas tendientes a la facilitación del comercio entre las partes en lo que respecta a normas, reglamentos técnicos y procedimientos de

Depósito de documentos de la FAO, Comercio Agrícola: Hojas Informativas de la FAO. Disponible en internet: [<http://www.fao.org/docrep/003/X6730S/X6730S09.HTM>] Consultado 4 de marzo de 2015.

⁴⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ” (2008) Óp. Cit. p. 45

⁴⁶ “El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) entró en vigor cuando se estableció la Organización, el 1° de enero de 1995. El objetivo del Acuerdo es que los reglamentos, las normas y los procedimientos de prueba y certificación no creen obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo OTC es vinculante para todos los Miembros de la OMC. Establece algunos principios fundamentales que son comunes con otros Acuerdos de la OMC: no discriminación, establecimiento de condiciones previsibles para acceder a los mercados, y asistencia técnica y trato especial y diferenciado para los países en desarrollo” cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Serie de Acuerdos de la OMC: Obstáculos Técnicos al Comercio”. p. 11 Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/tbttrade_s.pdf] consultado 4 de marzo de 2015.

evaluación de sus productos. Uno de los mecanismos que se propone es la convergencia o armonización normativa de las disposiciones con el fin de generar un marco común de derechos y obligaciones que sea claro para los demás agentes del mercado. En caso de que una parte realice algún tipo de modificación unilateral de este régimen jurídico, el TLC/Col-EEUU establece el deber de informar sobre dicho ajuste a la otra parte, así como también debe permitir que personas de la otra parte puedan intervenir en desarrollo de esos ajustes con la prerrogativa del trato nacional. No obstante es necesario recordar que *“los compromisos adoptados en el TLC solo aplican para el nivel central. Es decir, no para los estados federados ni para las industrias privadas”*⁴⁷. También se establece el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio del Acuerdo.

Para cerrar este apartado, y con miras a un mejor entendimiento de este tema, a continuación el cuadro 1-7 se señalan las medidas adoptadas por los países que pueden constituir OTC:

Reglamentos técnicos	Normas	Procedimientos de evaluación de la conformidad
<p>Los reglamentos técnicos establecen las características de un producto o de los procesos y métodos de producción. Es <i>obligatorio</i> cumplirlos. En los reglamentos técnicos también se pueden establecer prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado.</p>	<p>Las normas son documentos aprobados por una institución reconocida responsable de establecer reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos. <i>No son obligatorias</i>. En las normas también se pueden establecer prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado.</p>	<p>Los procedimientos de evaluación de la conformidad se utilizan para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o las normas.</p> <p>Incluyen los procedimientos de muestreo, prueba e inspección, de evaluación, verificación y garantía de la conformidad, y de registro, acreditación y aprobación.</p>

Fuente: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. "Serie De Acuerdos de la OMC: Obstáculos Técnicos al Comercio". p. 16

Cuadro 1-7 Medidas que pueden constituir Obstáculos Técnicos al Comercio

⁴⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ" (2008) Óp. Cit. p. 47

1.1.2.8 Defensa Comercial

El capítulo 8 del TLC/Col-EEUU regula tres formas de defensa comercial: la aplicación de medidas de salvaguardia, la aplicación de derechos *anti-dumping* y la aplicación de derechos compensatorios. En lo que respecta a la aplicación de medidas de salvaguardia ya se había realizado una corta aproximación con anterioridad en el tema de “Textiles y Vestido”, no obstante para mayor claridad podemos afirmar que las medidas de salvaguardia resultan procedentes si como resultado de un proceso de reducción o eliminación arancelaria, una mercancía originaria se importa en cantidades que han aumentado en tal monto en términos absolutos o en relación a la producción nacional, que constituyen una causa sustancial de daño grave, o una amenaza del mismo, a la rama de la producción nacional que produzca una mercancía similar o directamente competidora.

Dadas estas condiciones, una de las partes podrá aplicar la medida con el fin de suspender la reducción futura de cualquier tasa arancelaria establecida en el acuerdo para una determinada mercancía, o aumentar la tasa a un nivel que no exceda el menor entre la tasa arancelaria de nación más favorecida aplicada en el momento en que la salvaguardia entre a regir y la tasa arancelaria de nación más favorecida aplicada el día inmediatamente anterior a la entrada en vigor del acuerdo. Las salvaguardias sólo se podrán aplicar durante 10 años contados a partir de la vigencia del acuerdo, y deben dirigirse a las importaciones de un producto originario independientemente de su procedencia.

Además, las medidas de salvaguardia solo se podrán aplicar después de haber realizado una investigación por parte de las autoridades competentes del país respectivo. Una vez surtidas las consultas, la parte que aplica la salvaguardia deberá una compensación mutuamente acordada de liberalización comercial en forma de concesiones que tenga efectos equivalentes en el comercio a los esperados con la imposición de la medida. Si resulta que no hubo acuerdo sobre la compensación, como se mencionó anteriormente, la parte afectada puede suspender unilateralmente la aplicación de concesiones comerciales sustancialmente equivalentes a los efectos que se esperan con la medida de salvaguardia.

Ahora bien, en cuanto a las medidas de salvaguardia global, las partes se reafirman en los derechos y obligaciones consagrados en el Artículo XIX del GATT de 1994⁴⁸ y en el Acuerdo de Salvaguardias de la OMC⁴⁹, no obstante, la única potestad consagrada en el Acuerdo de salvaguardia que no se aplica al TLC/Col-EEUU es aquella que se refiere a la posibilidad de que la parte que imponga una medida de salvaguardia global pueda excluir importaciones de un bien originario de la otra parte, si tales importaciones no son causa substancial de un daño grave o amenaza del mismo. En cuanto a las demás disposiciones del Acuerdo SG podemos decir que se aplican *mutatis mutandi* al TLC/Col-EEUU.

Por otra parte, en lo que respecta a las medidas anti-dumping, debemos indicar que las partes ratificaron en el TLC/Col-EEUU sus derechos y obligaciones relacionadas con el Acuerdo Antidumping de la OMC⁵⁰. Inclusive, es necesario recordar que se ha expedido el Decreto 2550 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de armonizar las normas internas con el “Acuerdo Antidumping” de la OMC y establecer de esta forma un procedimiento claro para la aplicación de esta clase de medidas. El artículo 5 del citado Decreto establece que un producto es objeto de *dumping*, es decir, se

⁴⁸ El artículo XIX del GATT de 1994 consagra la posibilidad de que los países miembros de la OMC puedan aplicar medidas de salvaguardia, las cuales son definidas en este instrumento como “medidas “de urgencia” con respecto al aumento de las importaciones de determinados productos cuando esas importaciones hayan causado o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional del Miembro importador. Esas medidas, que en general adoptan la forma de suspensión de concesiones u obligaciones, pueden consistir en restricciones cuantitativas de las importaciones o aumentos de los derechos por encima de los tipos consolidados”. cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Salvaguardias: información técnica”. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm]

⁴⁹ El Acuerdo de Salvaguardias o “Acuerdo SG”, que se aplica de manera explícita a todos los Miembros de la OMC por igual, tiene por objetivo: “i) aclarar y reforzar las disciplinas del GATT, concretamente las de su artículo XIX; ii) restablecer el control multilateral sobre las salvaguardias y suprimir las medidas que escapen a tal control; y iii) fomentar el reajuste estructural por parte de las ramas de producción afectadas desfavorablemente por los aumentos de las importaciones, para potenciar de esa manera la competencia en los mercados internacionales” cfr. *Ídem*.

⁵⁰ “El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“Acuerdo Antidumping”) rige la aplicación de medidas antidumping por los Miembros de la OMC. Las medidas antidumping son las acciones unilaterales que puede aplicar un Miembro después de haber realizado una investigación y formulado una determinación, con arreglo a las disposiciones del Acuerdo Antidumping, en el sentido de que el producto importado es “objeto de dumping”, y que las importaciones objeto de dumping están causando un daño importante a la rama de producción nacional que produce el producto similar”. cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping)”. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum2_s.htm] consultado 5 de marzo de 2015.

importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación hacia Colombia es menor que el precio comparable de un producto similar destinado al consumo en el país de origen investigado. Sin embargo, como se ha venido explicando, no basta con demostrar que un producto es objeto de *dumping* para justificar la aplicación de la medida, es necesario establecer su magnitud y además si existe un daño grave a una rama de la producción nacional o por lo menos la amenaza del mismo para poder tomar una medida. De comprobarse estas circunstancias por parte de la autoridad competente del país que adelantó la investigación, será procedente la determinación y cobro de unos derechos antidumping sobre la importación de la mercancía en cuestión, los cuales suelen expresarse en un porcentaje *ad valorem*, es decir, un porcentaje adicional sobre el valor de la respectiva mercancía con el fin de que se aproxime al valor que se considera normal.

Es necesario señalar que en virtud del TLC/Col-EEUU las partes también ratificaron sus compromisos internacionales en lo que respecta al Acuerdo de la OMC sobre subvenciones y medidas compensatorias⁵¹. No obstante, vale la pena recordar que en Colombia ya se encontraba vigente el Decreto 299 de 1995 por medio del cual se armonizaba el ordenamiento jurídico interno colombiano con este acuerdo multilateral.

Según el artículo 11 de este Decreto, se considera que un producto ha sido subvencionado cuando la producción, fabricación, transporte o exportación de un bien importado o de sus materias primas e insumos, ha recibido directa o indirectamente cualquier prima, ayuda, premio, estímulo o incentivo del gobierno del país de origen o de

⁵¹ “El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC tiene una doble función: somete a disciplina la utilización de subvenciones y reglamenta las medidas compensatorias que los países puedan adoptar para contrarrestar los efectos de las subvenciones. Algunas de las disciplinas establecidas son similares a las del Acuerdo Antidumping. Para poder imponer derechos compensatorios el país importador tiene que haber realizado antes una detenida investigación similar a la exigida para adoptar medidas antidumping. Existen normas detalladas para decidir si un producto está subvencionado, criterios para determinar si las importaciones de productos subvencionados perjudican a una rama de producción nacional, procedimientos para la iniciación y realización de investigaciones, y normas sobre la aplicación y duración (normalmente cinco años) de las medidas compensatorias. cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Entender la OMC: Los acuerdos antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos etc.” En internet: [https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm#subsidies]. Consultado el 7 de marzo de 2015.

sus organismos públicos o mixtos⁵². En contraposición, los derechos compensatorios son mecanismos que en la forma de un derecho aduanero a las importaciones, restablecen las condiciones de competencia distorsionadas por la subvención concedida a un producto determinado.

1.1.2.9 Compras Públicas

Esta importante función económica del acuerdo, regulada en su capítulo 9, pretende liberalizar el mercado de compras públicas de cada una de las Partes con el fin de promover la participación de proveedores de la otra Parte en las licitaciones públicas mediante las cuales, a través de un medio contractual, se compre, alquile o arriende, con o sin opción de compra, cualquier tipo de mercancía y/o servicio, para el cumplimiento de los fines estatales, incluyendo los contratos de construcción-operación-transferencia y los contratos de concesión de obras públicas⁵³. Este propósito ha sido cuestionado debido a las dificultades en el acceso a los mercados de compras públicas estadounidenses, dificultades que no se restringen las barreras establecidas en su legislación interna, sino también a las capacidades comerciales de los proveedores colombianos, que en las actuales condiciones hacen *“imposible entrar a dicho mercado sin la experiencia y fortaleza financiera suficiente o sin el conocimiento adecuado del nicho del mercado al cual se desea acceder”*⁵⁴.

Ahora bien, a modo meramente enunciativo, el artículo 9.2 del acuerdo establece algunas normas generales que se aplicarán a la contratación pública en virtud el TLC, son las siguientes:

⁵² Inclusive el mismo artículo del Decreto 299 de 1995 considera que el empleo de tipos de cambio múltiples en el país de origen, o de exportación, así como la existencia de alguna forma de sostenimiento de los ingresos o precios cuando con ello se otorgue una ventaja, igualmente podrán ser considerados como subvención.

⁵³ No obstante el acuerdo establece cuáles son los contratos que no serán objeto de las medidas de liberalización entre los cuales encontramos la contratación de empleados públicos, la contratación de servicios bancarios, financieros o especializados referidos a endeudamiento público o administración de pasivos, la compra de armas, municiones y material de guerra, productos terminados para reventa, servicios de tecnología de información, servicios de transporte, investigación y desarrollo, y bienes agrícolas destinados a programas de nutrición..

⁵⁴ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Op. Cit.* p. 459

a) Trato nacional y no discriminación⁵⁵, b) Procedimiento de contratación por *licitación abierta*⁵⁶, c) Para el caso de mercancías, aplicación de las reglas de origen establecidas para el comercio normal de las mismas, d) Prohibición de condiciones compensatorias especiales en la calificación y selección de proveedores, mercancías y servicios, en la evaluación de las ofertas o en la adjudicación de los contratos⁵⁷ y e) Aplicación de medidas no específicas de la contratación pública⁵⁸.

En este punto vale la pena hacer un parangón entre las compras públicas excluidas en el anexo 9.1 del TLC por cada país, con el propósito de resaltar varios elementos que a mi juicio reflejan el carácter asimétrico en la apertura de estos importantes mercados. En primer lugar, en lo que se refiere a las listas de entidades subcentrales cobijadas por el TLC, para el caso de Colombia se incluyen los 32 departamentos sin ningún tipo de limitación, mientras que en la lista de EEUU solo se incluyen 9 de los 50 estados que conforman la Unión Americana⁵⁹, y para cada uno de estos estados se restringe además a ciertas agencias gubernamentales específicas. Al respecto la doctrina ha criticado el hecho de que en esta clase de acuerdos bilaterales “*se permita que Estados Unidos excluya de sus compromisos a los estados de la Unión, mientras que sus contrapartes negocian como estados unitarios, lo que resulta evidentemente asimétrico a favor del*

⁵⁵ Este principio consiste en que ninguna de las Partes podrá tratar a un proveedor de la otra Parte, establecido localmente, de manera menos favorable que a sus propios proveedores establecidos localmente, en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera, ni discriminar, en razón a ello, las mercancías o servicios ofrecidos por dichos proveedores. cfr. ABUSAID Gómez, José Alejandro. *Óp. Cit.* p. 73

⁵⁶ Este principio establece que el modo de licitación abierta será la regla general y permitirá a todos los proveedores de la otra parte interesados presentarse a una oferta. Sin embargo, dicho procedimiento no será aplicable en los casos en los cuales el Acuerdo regule la *licitación selectiva*, la licitación por *listas multiusos* o *contratación directa* (cfr. Arts. 9.7.3 al 9.7.5 y 9.8 del TLC/Col-EEUU). *Ibíd.* p.73

⁵⁷ En virtud de este principio, las Partes no podrán solicitar condiciones o compromisos que requieran el uso de contenido de sus proveedores nacionales, como licencias de tecnología, inversión, comercio compensatorio, o acciones similares para fomentar el desarrollo local o mejorar las cuentas de la balanza de pagos. *Ibíd.* Pp. 74.

⁵⁸ Este principio establece que los principios de trato nacional y no discriminación no se aplicarán a: a) Las medidas relativas a aranceles aduaneros u otros cargos de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma, b) Al método de recaudación de dichos aranceles y cargos, c) Otras regulaciones o formalidades de importación; o d) Las medidas que afectan el comercio en servicios diferentes a los cobijados por la contratación pública cubierta.

⁵⁹ Los Estados que se incluyen son: Arkansas, Colorado, Florida, Illinois, Mississippi, Nueva York, Tejas, Utah y Puerto Rico.

*más poderoso*⁶⁰. En segundo lugar, las compras públicas excluidas por Colombia se refieren de manera general a las contrataciones de alimentos, materias primas y animales vivos relacionados con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria, así como la contratación de bienes contenidos en la sección 2 del Clasificador Central de Productos de la ONU dirigido a los programas de asistencia social⁶¹; en contraposición, los EEUU excluyeron compras específicas para cada Estado, respecto a actividades que se pueden considerar estratégicas. Para poner de presente algunos ejemplos, el estado de Arkansas excluye los servicios de construcción, el estado de Misisipi excluye la contratación de servicios en general, Nueva York excluye la contratación de medios de transporte o equipo relacionado, Texas excluye automotores, agentes de viaje y pavimentos asfálticos, entre otros.

Además a estas exclusiones, la doctrina ha señalado que “*los procedimientos y el grado de complejidad del sistema estadounidense (de compras públicas) requieren acompañamiento especializado (a los proveedores colombianos) para reducir los costos de entrada a dicho mercado, lo mismo que los tiempos de respuesta*”⁶². Si bien se ha mencionado que nuestro país tiene potencial en la exportación a Estados Unidos en lo que se refiere a las compras públicas de muebles de oficina, textiles, confecciones y productos de cuero, servicios de arquitectura e ingeniería y servicios de construcción de estructura e instalaciones⁶³, se recomienda “*asociarse previamente con algún productor veterano en Estados Unidos a fin de ganar credibilidad y posicionamiento antes de lanzarse por su cuenta y riesgo*” utilizando mecanismos jurídicos como ser subcontratista de un proveedor local o iniciar un *Joint Venture* o también un *Teaming*⁶⁴.

⁶⁰ UMAÑA MENDOZA, Germán. (2010) *Óp. Cit.* p. 341

⁶¹ En particular se refiere a los siguientes bienes: Alimentos, Bebida y Tabaco; Textil y Confección y Productos en cuero.

⁶² RAMIREZ OCAMPO, Jorge (*et. all*). (2007). *Óp. Cit.* p 458

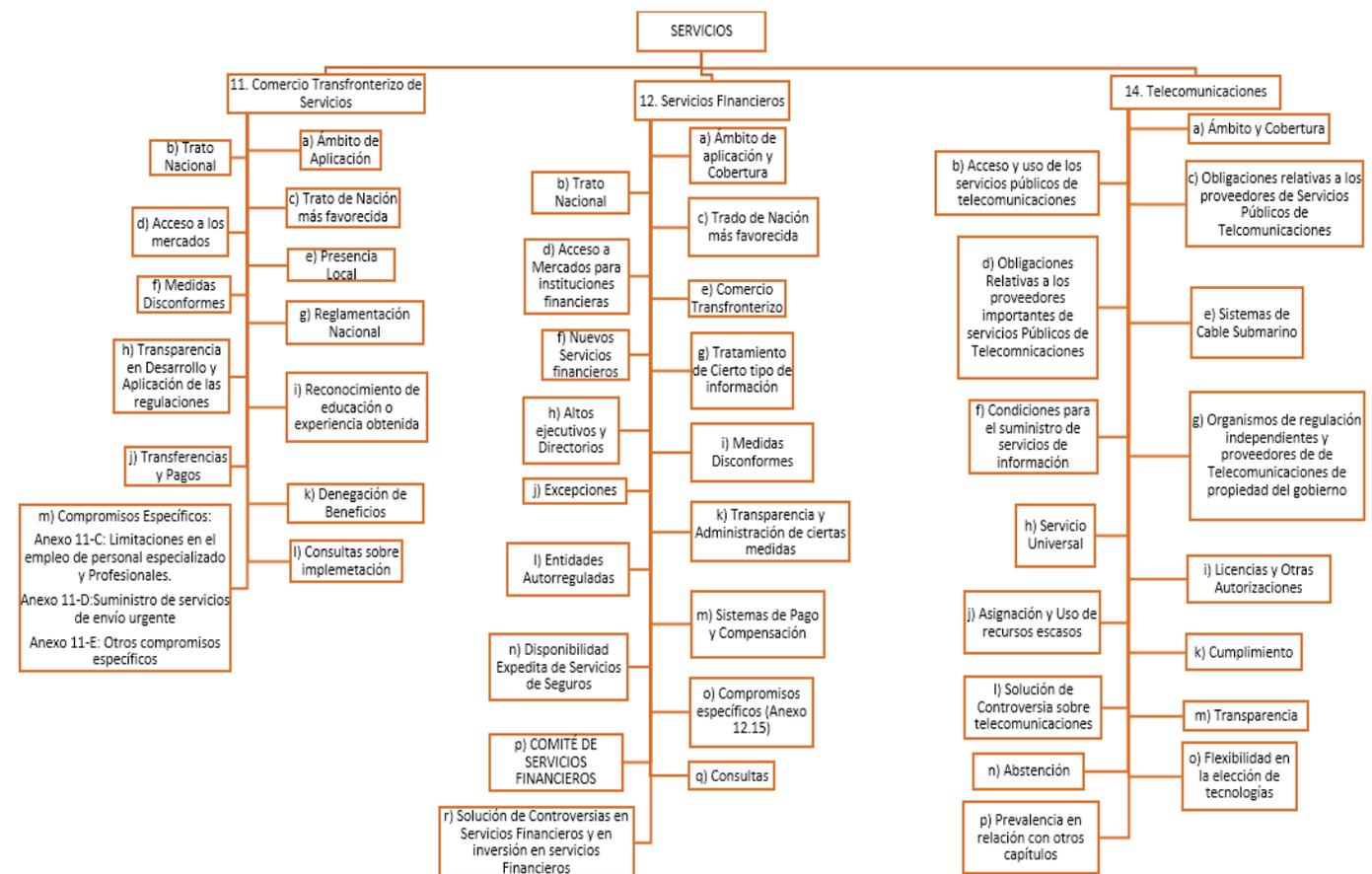
⁶³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) *Óp. Cit.* p. 51

⁶⁴ En lo que respecta al *Joint Venture* y al *Teaming* “*Estas modalidades consisten en la asociación entre una empresa estadounidense con suficiente experiencia y trayectoria como proveedor local de bienes o servicios del gobierno estadounidense y una empresa extranjera que desconoce dicho mercado. El principal argumento a favor de este camino es que la firma del exterior gana conocimiento y experiencia acerca del mercado estadounidense y del tipo de exigencias que hacen las agencias estatales de Estados Unidos. La empresa extranjera gana en capacidad operativa, y en credibilidad, ya que la firma asociada le transfiere parte importante de su experiencia acumulada como proveedor del gobierno*” cfr. UMAÑA MENDOZA, Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 457

Para finalizar este tema podemos mencionar que el capítulo 9 del TLC/Col-EEUU regula ciertas obligaciones particulares relacionadas con la transparencia como la publicación de medidas para la contratación pública, la publicación de avisos de contratación futura y de planes de contratación pública, la observancia de ciertos plazos para la presentación de ofertas, y la entrega de documentos de contratación, especificaciones técnicas y sus respectivas modificaciones, los cuales no serán objeto de referencias puntuales por motivos de extensión. También se consagra en este capítulo las condiciones de participación en las diferentes modalidades de contratación y los casos en los cuales es posible realizar contratación directa de conformidad con el artículo 9.8 del acuerdo; así como la conformación de un Comité de Contratación Pública que se reunirá para abordar materias relacionadas con la implementación del capítulo.

1.1.3 Servicios

En el Cuadro 1-8 se pueden observar los capítulos que conforman esta agrupación:



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1-8 Agrupación de Servicios

La liberalización de los mercados de servicios entre las partes, con el fin de garantizar un acceso real y sin restricciones, es una de las funciones económicas más importantes del TLC/Col-EEUU, que cobra gran relevancia para el caso de Colombia, dado que los servicios *“no solo aportan la mayor parte del producto y del empleo de la economía colombiana sino que constituyen la infraestructura básica para el funcionamiento del resto de la economía; además el acceso a buena parte de ellos es un derecho constitucional”*⁶⁵.

En este sentido, la regulación del comercio de servicios debe ser dinámica con el fin de que se promueva el desarrollo del sector y se genere un ambiente de estabilidad jurídica. Sin embargo esta no es tarea fácil dada la heterogeneidad de los tipos de servicios existentes y de las formas en que se comercializan. Por eso en el ámbito multilateral se han logrado avances significativos al respecto. Por ejemplo, en el ámbito de la OMC se ha expedido una nota anexa al GATT de 1994 en la que se establece una clasificación de los sectores de servicios con el fin de estandarizarlos, así como también se ha suscrito el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios⁶⁶, en el cual se introducen, entre otros aspectos, las siguientes cuatro formas de comercializar los servicios:

- a) Comercio transfronterizo de servicios⁶⁷,
- b) Consumo en el extranjero⁶⁸,
- c) Presencia comercial⁶⁹ y
- d) Presencia de personas físicas⁷⁰.

⁶⁵ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 207

⁶⁶ *“La creación del AGCS fue uno de los logros principales de la Ronda Uruguay, cuyos resultados entraron en vigor en enero de 1995. El AGCS se inspiró básicamente en los mismos objetivos que su equivalente en el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): crear un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva”* cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *“Servicios: AGCS el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas”*. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm]. Consultado el 8 de marzo de 2015.

⁶⁷ *“Se caracteriza porque el comprador de un país puede adquirir el servicio sin necesidad de desplazarse al país productor”* cfr. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) *Óp. Cit.* p. 46

⁶⁸ *“Se refiere a la compra de un servicio por parte de un extranjero en un país que no es su país de residencia”* Ídem.

⁶⁹ *“Implica el movimiento de capitales entre países para prestar el servicio por lo que está estrechamente relacionada con la inversión extranjera directa (IED)”* Ídem.

⁷⁰ *“Se refiere al movimiento de trabajadores entre países para poder prestar el servicio”* Ídem.

Sin embargo frente a estas formas de comercialización la doctrina consultada ha señalado que el TLC/Col-EEUU “*ofrece oportunidades para el desarrollo de los tres primeros modos de prestación de servicios, pues no contempla el movimiento de personas*”⁷¹. Es decir, el acuerdo no comprende la libre movilidad de los profesionales para buscar una mejor remuneración del trabajo en otros mercados que presentan mejores condiciones, y esta ha sido una crítica recurrente con respecto a esta clase de acuerdos asimétricos.

Por eso, a pesar de los avances logrados en el ámbito multilateral podemos afirmar que en los acuerdos bilaterales como el que nos ocupa no se ha logrado el objetivo de conseguir un tratamiento recíproco en materia de servicios que implique una liberalización real y garantice el acceso a los mercados sin ningún obstáculo gubernamental, ya que se evidencia que en las negociaciones de estos tratados “*como resultado para los países desarrollados, y en este caso para Estados Unidos, se aceptan múltiples excepciones geográficas y administrativas, sin ocurrir lo mismo para su contraparte*”⁷².

Este rasgo del permite comprobar su carácter asimétrico a favor de los Estados Unidos, ya que solamente negocia “*lo relativo a la apertura de servicios en lo que implica inversión de las multinacionales en telecomunicaciones y servicios financieros. Lo que no se incluye es la libre circulación de las personas, lo que limita a los países en desarrollo su prestación*”⁷³, como ha sido la crítica por ejemplo en cuanto a la educación superior.

Antes de cerrar este apartado quisiera realizar un acercamiento general a los capítulos del acuerdo en cuestión, para lo cual se presentará a continuación el Cuadro 1-9, en el que se intenta realizar una reconstrucción esquemática de estas disposiciones identificando algunos aspectos comunes entre ellas, y se incluyen algunos comentarios doctrinales:

⁷¹ Ídem.

⁷² UMAÑA Mendoza, Germán (2010). *Óp. Cit.* p. 341

⁷³ Ídem

SERVICIOS EN EL TLC/COL-EEUU			
	Transfronterizos	Servicios Financieros	Telecomunicaciones
Ámbito de Aplicación y cobertura	Regula las medidas adoptadas por una parte que afecten el comercio transfronterizo de servicios suministrados por proveedores de la otra parte. Esto incluye producción, mercadeo, venta, suministro, adquisición, acceso y uso de sistemas de distribución, presencia comercial y otorgamiento de garantías. El ámbito de cobertura se refiere se refiere a todos los servicios profesionales, excluye los financieros, contratación pública, servicios aéreos, aspectos migratorios y servicios estatales ofrecidos sin base comercial. ⁷⁴	Las normas se aplican a las instituciones financieras e inversionistas de la otra parte en el país. Así como inversiones de estos inversionistas en instituciones financieras de la parte y el comercio transfronterizo de servicios financieros Incorporan temas referentes a la expropiación y compensación, transferencias, inversión y medio ambiente, denegación de beneficios, formalidades especiales, requisitos de información entre otros. Los servicios financieros asociados con la seguridad social, entre ellos pensiones, están por fuera de las disciplinas del acuerdo, no se permite que entidades de EEUU capten ahorro pensional ⁷⁵ .	Las normas se aplican al acceso y uso de servicios públicos de Telecomunicaciones sin incluir radio y televisión, y también regula las obligaciones de los proveedores de estos servicios, redes públicas y suministro de servicios de información ⁷⁶ .
Trato Nacional	Se estableció este principio para la oferta de servicios profesionales y se creó un Comité que tendrá como objetivo facilitar el reconocimiento de títulos y la coordinación de estándares de licenciamiento, certificación y reconocimiento mutuo de cuerpos profesionales, para que los profesionales de cada país podrán vender sus servicios en los respectivos mercados. ⁷⁷	Las partes otorgarán un trato no menos favorable que el que otorgan a sus propios inversionistas, en circunstancias similares a inversionistas de la otra parte, en lo relacionado con el establecimiento, adquisición, expansión, conducción, operación, administración, y venta u otra forma de disposición de instituciones financieras, también en lo que respecta a inversiones en instituciones financiera en el territorio de alguna de las partes ⁷⁸ .	El acuerdo establece la obligación de otorgar un trato no menos favorable que el otorgado por los proveedores importantes a sus subsidiarias, sus afiliados o a proveedores no afiliados de servicios, con respecto a la disponibilidad, suministro, tarifas o calidad de servicios públicos de telecomunicaciones similares, y la disponibilidad de interfaces técnicas necesarias para la interconexión ⁷⁹ .
Acceso a Mercados	No se podrán establecer limitaciones como contingentes respecto del número de proveedores de servicios, el valor de las transacciones y el número de operaciones de servicios o cantidad total de producción de servicios, entre otras. ⁸⁰	No se pueden adoptar medidas que impongan límites al número de instituciones financieras, al valor total de los activos o transacciones de servicios financieros o al número total de operaciones de servicios financieros, o a la cuantía total de la producción de servicios financieros, entre otras. ⁸¹	Se debe garantizar a las empresas el acceso y uso de cualquier servicio público de telecomunicaciones, incluyendo circuitos arrendados ofrecidos en su territorio o de manera transfronteriza, en condiciones razonable y no discriminatorias ⁸²

Fuente: Elaboración propia concordada con la doctrina que se cita.

Cuadro 1-9 Servicios en el TLC/Col-EEUU

⁷⁴ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) *Óp. Cit.* p. 46 y 47

⁷⁵ RAMIREZ OCAMPO, Jorge (*et. all*). (2007). *Óp. Cit.* p 387

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) *Óp. Cit.* p. 47

⁷⁸ RAMIREZ OCAMPO, Jorge (*et. all*). (2007). *Óp. Cit.* p 388

⁷⁹ *Ídem.*

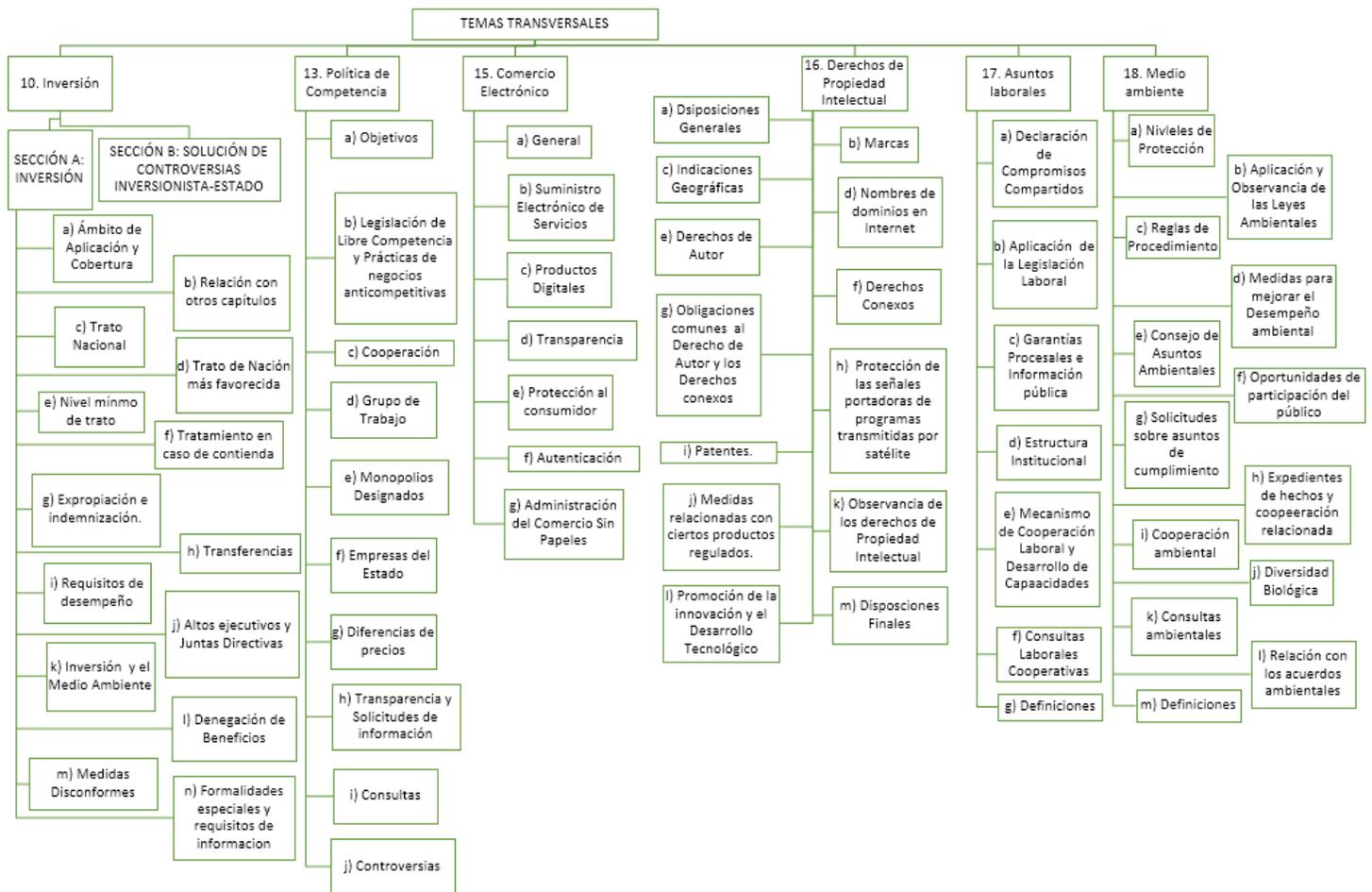
⁸⁰ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) *Óp. Cit.* p. 47

⁸¹ RAMIREZ OCAMPO, Jorge (*et. all*). (2007). *Óp. Cit.* p 389

⁸² *Ídem.*

1.1.4 Temas Transversales

En el Cuadro 1-10 que se presenta a continuación pueden observarse los seis capítulos que se incluyen en la última agrupación propuesta para la reconstrucción de la normativa del TLC/Col-EEUU correspondiente a los temas transversales. Estos capítulos se interrelacionan con las demás agrupaciones y refuerzan las disciplinas y la estabilidad en las reglas de juego para los agentes del mercado en diferentes campos. Posteriormente, me referiré de manera general a cada uno de ellos.



Fuente: Elaboración Propia

Cuadro 1-10 Agrupación de Temas Transversales

1.1.4.1 Inversiones

Otra función fundamental del tratado, desarrollada en su capítulo 10, es la de promover y garantizar un flujo libre de inversiones entre las partes, que permita tanto atraerlas a sus

territorios como mantenerlas en el tiempo y aumentarlas, mediante la eliminación de las restricciones estatales sobre los sectores específicos en que se permite invertir y sobre el tipo de inversión que se puede realizar. En este sentido, se buscó “*establecer un marco jurídico justo y transparente que promoviera la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados*”⁸³. Este capítulo se aplica a actividades como establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta, entre otras formas de disponer de una inversión, la cual puede estar representada en empresas, activos, deudas de particulares y acuerdos de inversión.

Los cuatro principios básicos que establece el TLC/Col-EEUU para la protección de los inversionistas son los siguientes: a) Principio de trato nacional⁸⁴, b) Trato de nación más favorecida⁸⁵, c) Nivel mínimo de trato⁸⁶ y d) Tratamiento en caso de contienda⁸⁷.

Además se regulan medidas como la prohibición a las partes de expropiar o nacionalizar, directa o indirectamente, inversiones cubiertas por el acuerdo, salvo que sea por motivos de utilidad pública, de una manera no discriminatoria, mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización, con el apego al debido proceso.

⁸³ RAMIREZ OCAMPO, Jorge (*et. all*). (2007). *Óp. Cit.* p 402

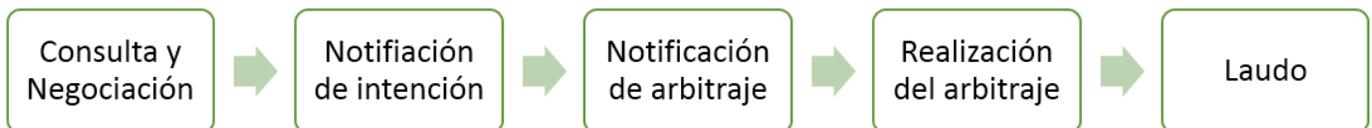
⁸⁴ El trato nacional implica que un Estado les asegurará a los inversionistas del otro Estado un trato igual de favorable al que les da a sus inversionistas nacionales o a las inversiones de estos en situaciones similares. ABUSAID GÓMEZ, José Alejandro. *Óp. Cit.* Pp. 93.

⁸⁵ El trato de nación más favorecida obliga a un Estado Parte del Tratado a conceder a los inversionistas de la otra Parte un trato igual de favorable al que le concede a los inversionistas de cualquier Parte o de cualquier país que no sea Parte. Si alguno de los Estados Parte les da mejores condiciones a los inversionistas que no hacen parte del acuerdo, deberá adecuar las condiciones de los inversionistas del otro Estado Parte para hacerlas igual de beneficiosas a las del Estado no Parte. *Ibíd.* Pp. 94.

⁸⁶ El nivel mínimo de trato concede a las inversiones un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo un trato justo y equitativo, y una protección y seguridad plenas. Esto incluye la obligación de no denegar justicia de acuerdo con el principio del debido proceso, y asegurar la protección policial exigida por el derecho internacional. *Ídem.*

⁸⁷ El tratamiento en caso de contienda se da en caso de pérdidas sufridas en las inversiones por conflictos armados o contiendas civiles, donde los inversionistas tienen derecho a un trato no discriminatorio respecto a las medidas que tome el Estado. Si un inversionista de una Parte sufre una pérdida en sus inversiones en el territorio de la otra Parte por la expropiación de su inversión o de parte de ella, o por destrucción de su inversión o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de esta última Parte, tendrá derecho a la restitución, compensación o ambas, por la pérdida. *Ídem.*

En este punto debe mencionarse que también el capítulo contiene una sección referente a la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, que brinda la posibilidad al inversionista de “escoger el foro a través del cual solucionará la controversia, bien sea la jurisdicción del respectivo país, un tribunal de arbitramento como CIADI, UNCITRAL o uno ad hoc”⁸⁸. Sin embargo, el acuerdo establece una suerte de requisito de procedibilidad para las partes en virtud del cual se debe en primera medida probar un mecanismo de consulta y negociación que permita un arreglo amigable antes de acudir al arbitraje internacional. Para brindar una visión general del procedimiento establecido en el acuerdo para la solución de controversias inversionista-Estado, a continuación se presenta el Cuadro 1-11 en el cual se presentan las etapas generales del mismo:



Fuente: RAMIREZ OCAMPO, Jorge (2007). Óp. Cit. p 411

Cuadro 1-11 Esquema de solución de controversias Inversionista-Estado

Para finalizar podemos indicar que la doctrina ha criticado el hecho de que la protección al inversionista en el TLC/Col-EEUU se lleve a tal extremo, que “se elimina la posibilidad de apelar a la cláusula de salvaguardia por balanza de pagos que, por lógica prevención ante graves crisis, se incluía en cualquier tratado internacional”⁸⁹. Por lo anterior, debe tenerse en cuenta que estas medidas *per se* no garantizan que las inversiones generen efectos sobre el crecimiento económico, pues además es necesario “un ambiente de seguridad física y jurídica que permita a los inversionistas obtener las utilidades esperadas”⁹⁰.

1.1.4.2 Política de Competencia

El Capítulo 13 del acuerdo regula algunas medidas con respecto a la Política de competencia, los monopolios designados y las Empresas del Estado. En la primera parte

⁸⁸ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007) Óp. Cit. p. 50

⁸⁹ UMAÑA MENDOZA, Germán. (2010) Óp. Cit. p. 338

⁹⁰ RAMIREZ OCAMPO, Jorge (et. all). (2007). Óp. Cit. p 415

del apartado se reconoce que la Política de Competencia tiene el potencial de restringir el comercio y la inversión entre las partes, por lo que se impone el deber a las partes de informarse sobre de cualquier cambio en la Legislación o en la Política de Competencia y dado el caso coordinar las autoridades encargadas de este tema. Por otra parte, aunque el acuerdo establezca la necesidad de implementar políticas consistentes y regulaciones que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas y el bienestar del consumidor, para estos efectos en Colombia tenemos ya establecido nuestro régimen de protección de la competencia, el cual está conformado por la Ley 155 de 1959⁹¹, el Decreto 2153 de 1992⁹² y la Ley 1340 de 2009⁹³, y en cuanto a la normativa de protección de los derechos del consumidor tenemos la Ley 1480 de 2013, Estatuto del Consumidor⁹⁴. La autoridad nacional en materia de competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

En la segunda parte se establecen algunas medidas para impedir que los monopolios designados no operen de tal manera que generen obstáculos al comercio o la inversión, no obstante el acuerdo no restringe la potestad de designarlos. Frente a este punto debemos recordar que el artículo 336 de la Carta Política regula la posibilidad de crear monopolios estatales en virtud de la ley y por motivos de interés público o social, y en caso de que existan particulares desarrollando una determinada actividad en el momento en que se designe el monopolio la constitución ordena el pago de una indemnización. Los monopolios y arbitrios rentísticos establecidos en la constitución se aplican a los juegos de suerte y azar y a los licores.

Finalmente este capítulo consagra algunas medidas para impedir que las Empresas del Estado no operen de tal manera que generen obstáculos al comercio o la inversión. En primer lugar les impone la obligación de actuar de manera no incompatible con las obligaciones contraídas en el acuerdo, máxime cuando tales empresas ejerzan facultades administrativas o regulatorias como expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales, imponer cuotas, derechos y otros cargos; en segundo lugar,

⁹¹ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

⁹² Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

⁹³ Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

⁹⁴ Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones

la obligación de que dichas empresas de no otorgar trato discriminatorio en la venta de bienes y servicios a inversiones cubiertas.

1.1.4.3 Comercio Electrónico

Con respecto al capítulo 15 sobre Comercio Electrónico, lo primero que se debe señalar es que al realizarse cualquier operación de suministro electrónico de servicios, esta se enmarca en las disposiciones contenidas en los capítulos de Inversión, Comercio Transfronterizo de Servicios y Servicios Financieros del mismo acuerdo. En segundo lugar, que se establece una prohibición a las partes de imponer cualquier derecho aduanero u otras cargas similares a tales operaciones, dada la importancia de evitar los obstáculos económicos para su utilización y desarrollo para facilitar el suministro de productos y servicios digitales entre las partes, consagrando a su vez algunas regulaciones sobre las condiciones para poder conceder trato nacional a estos productos digitales.

Sin embargo, no debe olvidarse que las garantías jurídicas establecidas en la Ley 527 de 1999 en materia de mensajes de datos y comercio electrónico no son aplicables al comercio bilateral de servicios o productos digitales entre Colombia y EEUU, pues este instrumento jurídico excluye expresamente en su artículo 1 a las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de tratados internacionales. Así, mientras en la Ley 527 se establece un sistema de autenticación a partir de entidades de certificación, en el TLC/Col-EEUU las partes podrían determinar en forma mutua los métodos apropiados de autenticación para la transacción, que pueden o no incluir una entidad de certificación. En todo caso, en virtud del acuerdo, el Estado colombiano no puede adoptar legislación que impida esta facultad de las partes, ni su exigibilidad ante las instancias judiciales.

1.1.4.4 Derechos de Propiedad Intelectual

El tema de la propiedad intelectual en el TLC/Col-EEUU ha sido tan controversial, que se pueden consultar un número importante de trabajos investigativos que pretenden dar luces sobre las principales problemáticas que se advierten al momento de pensar en su implementación. De allí que el propósito de este apartado sea presentar algunas de estas reflexiones con el fin de brindar un panorama general sobre el debate académico y

político que han suscitado en nuestro país las posibles consecuencias de las medidas relativas a la propiedad intelectual que se adoptaron con este acuerdo.

Pero ¿Cuáles son estos compromisos? En primer lugar, es necesario resaltar que el TLC/Col-EEUU establece la obligación de las partes de adherir a una serie de instrumentos multilaterales en materia de propiedad intelectual, de los cuales nuestro país ha conseguido este objetivo frente a los siguientes: “*Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidos por Satélite*” de 1974⁹⁵, “*Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional de Depósito de Microorganismos para los fines del Procedimiento en Materia de Patentes*” de 1977, enmendado en 1980⁹⁶, “*Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor*” de 1966⁹⁷, “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*” de 1997⁹⁸, “*Tratado de Cooperación en Materia de Patentes*” de 1970, enmendado en 1979⁹⁹ y “*Tratado sobre el Derecho de Marcas*” de 1994¹⁰⁰.

Sin embargo, en lo que respecta al “*Convenio Internacional para la para la Protección de las Obtenciones Vegetales –Convenio UPOV-* de 1991, debe recordarse que la Ley 1518 de 2012 aprobatoria de este acuerdo fue declarada **inexequible** por la Corte Constitucional en Sentencia C-1051 de 2012 con ponencia de LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ, dado que el Gobierno Nacional no realizó la consulta previa a las comunidades étnicas¹⁰¹ antes de tramitarse su expedición ante el Congreso de la

⁹⁵ Este acuerdo fue aprobado mediante Ley 1519 de 2012, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-361/2013 (M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO).

⁹⁶ Por su parte, este acuerdo se aprueba mediante Ley 1515 de 2012, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-350 de 2013 (M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO).

⁹⁷ Promulgado mediante Ley 565 de 2000 la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1183 de 2000 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA)

⁹⁸ Aprobado mediante Ley 545 de 1999, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1139 de 2000 (Ponencia de VLADIMIRO NARANJO MESA).

⁹⁹ Acuerdo aprobado mediante Ley 463 de 1998, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-246 de 1999 (M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO)

¹⁰⁰ Fue aprobado mediante Ley 1343 de 2009, la cual fue declara exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-261 de 2011 (M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO).

¹⁰¹ Consideró la Corte en su momento: “*En ese contexto, de conformidad con la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, aprobatoria del “Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales”, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de*

República. Por eso en este punto debo llamar la atención en que más allá de ser un simple un vicio de forma en el trámite de una ley, en realidad la falta de consulta refleja el claro distanciamiento que existe entre el Estado colombiano y las comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el manejo de estos temas, que ha sido una constante desde la negociación y aprobación del acuerdo y que se mantiene aún durante su implantación. Estas reflexiones serán ampliadas más adelante.

En segundo lugar, el TLC/Col-EEUU establece que cada Estado parte deberá garantizar a los nacionales de la otra parte un trato nacional en materia de derechos de propiedad intelectual igual al que otorga a sus nacionales, y deberá comunicar cualquier cambio en la regulación sobre este tema y ponerlo a disposición de los interesados a través de internet.

En tercer lugar, en este capítulo se adopta un modelo de protección de los derechos de propiedad intelectual que incluye una serie de medidas en materia de Marcas, Patentes, Indicaciones Geográficas, Nombres de Dominio en Internet, Derechos de Autor, Derechos Conexos y Protección de las Señales Portadoras de Programas Transmitidos por satélite, similares a las consagradas el TLC entre Chile - Estados Unidos y también en el CAFTA, y que a su vez corresponden a los aspectos que EEUU no logró negociar en el marco de las negociaciones del ALCA¹⁰². La doctrina nacional ha indicado que el propósito de EEUU es lograr un modelo que mejore las condiciones alcanzadas en el ámbito multilateral, aumentando *“la protección de la propiedad intelectual por encima de la normatividad internacional plasmada en los Acuerdos de Propiedad Intelectual*

noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991”, debió haberse consultado con las comunidades tradicionales, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado”.

¹⁰² *“Los últimos acuerdos bilaterales que los países de la región han suscrito con los Estados Unidos se han interpretado como una estrategia de este país para consolidar los aspectos comerciales que no se definieron en las negociaciones del ALCA, y son las pautas más significativas para los países en vías de desarrollo en materia de fortalecimiento en materia de propiedad intelectual”* cfr. UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 79 y 80.

relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones."¹⁰³.

Por eso es válido sostener que las medidas sobre propiedad intelectual adoptadas en el TLC/Col-EEUU favorecen el desarrollo de los sectores de las industrias creativas norteamericanas dado su mayor desarrollo tecnológico y sus estructuras corporativas sólidas, y en este sentido, sus disposiciones se vinculan con *"áreas como el derecho a la competencia, la inversión y políticas públicas de fomento a sus industrias, con el fin de fortalecer la posición dominante de sus empresas en los mercados"*¹⁰⁴.

Como se viene sosteniendo, la similitud entre las disposiciones relativas a la propiedad intelectual en los acuerdos suscritos entre EEUU y otros países latinoamericanos, obedece a la estrategia de negociación que los EEUU aplican para el caso de los acuerdos bilaterales con estos países, la cual promueve que *"no sólo se amplían los plazos para la patentabilidad, sino que se da mayor protección a las multinacionales farmacéuticas y agroquímicas en los datos de prueba, se permite patentar variedades vegetales y animales, se amplían los derechos de autor para las industrias culturales y de la información, se refuerzan las normas de control a la piratería"*¹⁰⁵, entre otros aspectos que favorecen en mayor medida las industrias norteamericanas.

Por eso, antes de cerrar esta corta presentación sobre el capítulo de propiedad intelectual en el TLC/Col-EEUU considero necesario realizar algunas reflexiones sobre los dos temas que a mi juicio son los más controversiales de este acuerdo y que se encuentran íntimamente relacionados:

a) Los conocimientos tradicionales¹⁰⁶: Si bien de manera general podemos afirmar que las regulaciones sobre propiedad intelectual implican de una u otra forma la

¹⁰³ URIBE ARBELÁEZ, Martín. *"Los "beneficios" del TLC: Las consecuencias para la biodiversidad y el sistema de propiedad intelectual de Colombia"*. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 18. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2007. p. 103.

¹⁰⁴ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 74

¹⁰⁵ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2010) *Óp. Cit.* p. 338 y 339

¹⁰⁶ *"La expresión "conocimientos tradicionales" (CT) se emplea para referirse a los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos*

privatización de bienes públicos como el conocimiento, para el caso del TLC/Col-EEUU esta apropiación resulta especialmente problemática en el cuanto al conocimiento tradicional, ya que este saber ha sido alcanzado y transmitido generacionalmente por las comunidades indígenas y campesinas como *“resultado de miles de años de interacción de los pueblos y las comunidades locales con su entorno, y que las generaciones actuales los han recibido como herencia colectiva para que se los entreguen a las generaciones futuras”*¹⁰⁷, generando así unos *derechos intelectuales colectivos o comunitarios*¹⁰⁸ sobre dichos conocimientos, que no serían compatibles con derechos individuales que se otorguen por ejemplo en virtud de una patente.

Ahora bien, aunque en el acuerdo se haya firmado un entendimiento sobre el tema de biodiversidad y conocimiento tradicional, es posible constatar que se trata de un formato similar al del entendimiento del TLC entre Perú y EEUU, que se limita a reconocer tímidamente *“la importancia del consentimiento informado previo, la distribución de los beneficios y el análisis apropiado para asegurar la calidad y validez de las patentes otorgadas sobre invenciones relativas a la biodiversidad o el conocimiento tradicional”*¹⁰⁹, sin que estos aspectos se constituyen como requisitos necesarios para el otorgamiento de una patente, ni se establezca *“la sanción de nulidad absoluta de la patente, concedida en violación de los derechos del país de origen del recurso genético y la comunidad indígena, afro-americana o campesina raizal”*¹¹⁰. Por lo tanto, es posible concluir que el conocimiento tradicional de las estas comunidades es patentable por parte de las multinacionales norteamericanas *“siempre y cuando se les introduzca una pequeña modificación, generándose así la posibilidad de que las comunidades indígenas se vean*

tradicionales de vida así como a las tecnologías autóctonas y tradicionales” cfr. UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p.106 y 107.

¹⁰⁷ VELEZ, Germán. *“Biodiversidad y Conocimiento Tradicional. Asfixiante reino de la propiedad intelectual”*. En: PEREZ, Olga Lucía (ed.) *“TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y la resistencia”*. Bogotá: Centro de Cooperación al Indígena CECOIN. 2007. p. 164 y 165

¹⁰⁸ *“La propiedad intelectual indígena connota derechos colectivos sobre creaciones y bienes comunes, que la comunidad posee y ha cuidado desde tiempos inmemoriales, mejorándolos en forma constante. No son invenciones conjuntas en el sentido de realizadas por varias personas, como lo prevén las diferentes normatividades, o mediadas por una relación laboral [...] La creación no es producto de una repentina genialidad o del esforzado trabajo continuo de un equipo investigador. En la propiedad intelectual indígena es la sumatoria de un conocimiento ancestral, transmitido, conservado y desarrollado, de generación en generación”* cfr. URIBE ARBELÁEZ, Martín. (2007) p. 118

¹⁰⁹ PEREZ, Olga Lucía (ed.) (2007). *Óp. Cit.* p. 175

¹¹⁰ URIBE ARBELÁEZ, Martín. (2007) *Óp. Cit.* p.119

*abocadas a pagar derechos de propiedad intelectual*¹¹¹ por un conocimiento que ya vienen utilizando tradicionalmente inclusive desde miles de años antes de la vigencia del acuerdo.

El panorama resulta desalentador para las comunidades en el escenario de la implementación del acuerdo, pues *“todavía no hay políticas que respondan a las reglas consuetudinarias de los territorios indígenas, a su soberanía, autonomía y gobernabilidad, para asegurar la supervivencia de las comunidades y de sus sistemas de conocimiento*¹¹². Esta es una deuda vigente que el gobierno nacional tiene con las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes.

b) La biodiversidad: Es posible afirmar que la regulación de propiedad intelectual consagrada en el TLC/Col-EEUU constituye un notorio retroceso en materia de protección a la biodiversidad, pues no solo se caracteriza por la permisividad y ausencia de sanciones para aquellos que ejercen la biopiratería¹¹³, sino que además establece la posibilidad de patentar de plantas, animales y microorganismos modificados aun cuando la normatividad comunitaria andina vigente en nuestro país no lo contempla, desmejorando con ello el nivel de protección alcanzado en el ámbito multilateral. Frente a este punto, la doctrina ha venido insistiendo desde antes de la aprobación del acuerdo en que *“aceptar en el TLC la concesión de patentes a plantas y animales es legalizar la biopiratería y renunciar a nuestra mega biodiversidad*¹¹⁴, de allí que permitir esta práctica en marco su implementación resulta tan lesivo para los intereses de Colombia, que inclusive puede llegar a afectar *“la supervivencia de los pueblos indígenas, también de los pueblos afrocolombianos y raizales que tengan una relación directa con la Biodiversidad y que dependan de la biodiversidad para vivir*¹¹⁵.

Para brindar un acercamiento general a la problemática, a continuación se presenta el Cuadro 1- 12, en el que se realiza un parangón entre el régimen comunitario andino de

¹¹¹ *Ibíd.* p. 117

¹¹² GOMEZ LEE, Martha Isabel. *“¿Al final, TLC con o sin biopiratería?”*. En: Revista ÓPERA No. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 199

¹¹³ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2010) *Óp. Cit.* p. 339

¹¹⁴ URIBE ARBELÁEZ, Martín. (2007) *Óp. Cit.* p. 124

¹¹⁵ GOMEZ LEE, Martha Isabel. *“Biodiversidad en el TLC”*. En: Revista La Propiedad Inmaterial No. 9. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 175

protección (conformado por las Decisiones 391 -Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos- y 386 -Régimen Común sobre Propiedad Industrial-), y la normatividad establecida en el TLC/Col-EEUU sobre propiedad intelectual, patentes y biodiversidad, con el fin de que el lector de cuenta de los retrocesos en estas materias que se ponen en evidencia con la implementación del acuerdo:

Diferencias de regímenes jurídicos		
Propiedad intelectual patentes y biodiversidad	Colombia (Decisiones 391 y 486)	Estados Unidos
Otorgar para plantas y animales	No	Sí
Otorgar patentes para microorganismos modificados	Sí, mientras la OMC lo disponga	Sí
Otorgar patentes sobre recursos genéticos en forma natural o que hayan sido aislados de su entorno	No	Sí
Otorgar patentes sobre una invención basada en información genética	Se solicita el contrato de acceso al Ministerio de Ambiente	No hay ningún requisito
La propiedad de los recursos biológicos y genéticos.	Patrimonio de la nación	No reconoce el derecho de los países sobre su material biológico, ni genético
La propiedad del recurso genético	Los recursos genéticos no se pueden privatizar	Los considera del ámbito del derecho privado
Requisitos para otorgar una patente sobre componentes de la biodiversidad	1) La copia del contrato de acceso 2) La copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales	Ninguno

Fuente: GOMEZ LEE, Martha Isabel. (2006) *Óp. Cit.* p. 200

Cuadro 1-12 Parangón de Regímenes Jurídicos sobre Patentes y Biodiversidad

De esta forma, el fenómeno de la biopiratería, entendida como el “conjunto de actividades de bioprospección con fines de extracción, privatizaciones y monopolización de los recursos genéticos y conocimiento asociado, sin que haya participación y control del proceso por parte del país de origen, y también sin el conocimiento informado previo de las comunidades locales de donde son originarios”¹¹⁶, ha sido una preocupación constante de las comunidades frente a la ausencia de medidas para combatirla en el marco de la implementación del capítulo de propiedad intelectual en el TLC/Col-EEUU, pues no debe pasarse por alto que EEUU no ha ratificado el Convenio de Diversidad

¹¹⁶ PEREZ, Olga Lucía (ed.). (2007) *Óp. Cit.* p. 158

Biológica, por lo que ninguna de las medidas adoptadas en este convenio para la protección de la biodiversidad le son oponibles, lo cual no solamente denota la falta de compromiso del gobierno norteamericano frente al tema de la biopiratería a nivel global, sino la falta de voluntad política en realizar el reconocimiento de la soberanía que ejercen los países megadiversos sobre sus recursos biológicos y genéticos¹¹⁷. De allí que sea responsabilidad del Estado colombiano tomar las medidas necesarias para conjurar la crisis que se avecina por cuenta de esta problemática. Frente a este punto la doctrina ha propuesto que se adopte una política pública que incluya “*planes y reglamentos internos de control y manejo territorial y de los recursos naturales, construidos por las comunidades, los cuales podrían permitir el control de las investigaciones externas, el acceso a los recursos genéticos y la biopiratería*”¹¹⁸.

1.1.4.5 Asuntos Laborales

En cuanto al capítulo 17 del TLC/Col-EEUU sobre asuntos laborales, otro de los temas controversiales de este acuerdo, es necesario señalar que las partes ratifican las obligaciones contraídas en virtud de la “*Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento*”¹¹⁹, que para el caso de Colombia, se desarrollan en un esquema de protección conformado por ocho convenios fundamentales de la OIT que regulan estos ámbitos, los cuales se encuentran debidamente ratificados y vigentes en nuestro país¹²⁰, y que por lo tanto enmarcan la

¹¹⁷ “Colombia es considerado un país megadiverso, debido a que cuenta con un 10% de la biodiversidad mundial, gracias al alto endemismo y a la gran cantidad y variedad de especies de fauna y flora que se encuentran en sus ecosistemas” cfr. RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 488

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 180

¹¹⁹ “Adoptada en 1998, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo es la expresión del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales. la Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.” cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). “Acerca de la Declaración”. Disponible en internet [<http://ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm>]. Obtenido el 22 de marzo de 2015.

¹²⁰ 1) Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso de 1930, 2) Convenio No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización de 1948, 3) Convenio No.98 sobre el

aplicación del acuerdo. En concreto, el TLC/Col-EEUU resalta la obligación general establecida en la declaración de que las normas de trabajo no deben utilizarse con fines comerciales proteccionistas. También la prohibición para las partes de omitir la aplicación de las normas laborales de cualquier forma que afecte el comercio entre ellas, particularmente el desmejoramiento de las garantías laborales con el fin de impulsar el comercio o la inversión. Esta prohibición no incluye decisiones relativas a la asignación de recursos que se tomen razonablemente y de buena fe en ejercicio de la discrecionalidad de cada parte.

Posteriormente el acuerdo establece el deber de brindar a las personas con intereses jurídicamente reconocidos un acceso adecuado a la administración de justicia, con procedimientos que observen el debido proceso, la oralidad, los derechos de las partes de acción y contradicción, la celeridad de los procedimientos, la doble instancia, la imparcialidad de los jueces y tribunales, entre otros aspectos.

También se adoptan algunas medidas institucionales como la conformación de un Consejo de Asuntos Laborales, el cual deberá supervisar la implementación y revisar el alcance de las medidas adoptadas en el acuerdo; y la designación de una unidad o dependencia dentro del Ministerio de Trabajo de cada parte que será el punto de contacto entre las partes y con el público en relación con estos asuntos.

Ahora bien, en su momento la doctrina señaló que *“es de esperar que el incremento en las exportaciones genere un impacto positivo en el empleo y que la reducción en los precios de los productos importados tenga un efecto positivo en el ingreso real de los consumidores”*¹²¹. Estas posiciones fueron asumidas con base en estudios que utilizaron modelos de equilibrio general¹²² para simular una reducción total de las barreras

derecho de sindicalización y de negociación colectiva de 1949, 4) Convenio No. 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, 5) Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957, 6) Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, 7) Convenio No. 138 sobre la edad mínima de 1973 8) Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999

¹²¹ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 461

¹²² “Los modelos de equilibrio general (MEG) permiten cuantificar el impacto de diferentes políticas sobre la asignación de recursos, los mercados de factores (específicamente los mercados laborales) y la distribución del ingreso. Con esta herramienta se pueden identificar, por lo tanto,

arancelarias entre Colombia y Estados Unidos, y que proyectaron “*efectos positivos del TLC en las variables macroeconómicas y empleo*”¹²³, estimando la generación de 269.000 nuevos empleos en el sector exportador. No obstante debe mencionarse que estos mismos estudios señalan que “*a pesar de estos resultados positivos en su conjunto, algunos sectores pierden empleos, como es el caso del sector agrícola (13 mil empleos)*”¹²⁴. Concretamente, estos estudios permitieron concluir que los sectores ganadores con el acuerdo en materia de empleo son aquellos intensivos en trabajo no calificado y los organizados en mercados informales (artículos textiles como hilados y fibras y productos alimenticios), mientras que los sectores perdedores con el acuerdo son aquellos intensivos en capital y alta tecnología (maquinarias, equipos, químicos y plásticos, maderas, productos metálicos, productos agrícolas). En conclusión, los resultados positivos del TLC/Col-EEUU en materia de generación de empleo son relativos a los sectores exportadores, puesto que para otros sectores como el agrícola resulta evidente la reducción de empleo en términos reales.

De otra parte, algunos sectores políticos detractores del acuerdo han criticado el hecho de que no se establezca la libre circulación de los trabajadores entre los territorios de las partes, pues este “*debería ser el primer derecho consecuente con el que se les otorga al capital, a las mercancías y a los monopolistas de ir y venir, con toda libertad, de Estados Unidos a Colombia y viceversa. Como en otros temas, Estados Unidos ni siquiera permitió que este aspecto hiciera parte de las conversaciones*”¹²⁵, lo que resulta especialmente perjudicial para Colombia, pues “*la experiencia muestra que la movilidad del capital sin la movilidad del trabajo empeora la distribución del ingreso*”¹²⁶. La exclusión de este tema en la negociación se deriva del interés de garantizar a las empresas norteamericanas acceder a mano de obra más barata para establecer su

los posibles ganadores y perdedores de una política específica, así como la magnitud de las pérdidas o ganancias involucradas en términos de ingresos, empleo y bienestar” cfr. MARTÍN, Clara Patricia y RAMÍREZ, Juan Mauricio. “*Impacto económico de un acuerdo parcial de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos*”. En: Serie Estudios y Perspectivas No. 3. Bogotá: Naciones Unidas - CEPAL, 2005. p. 15.

¹²³ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 471

¹²⁴ *Ibíd.* p. 472

¹²⁵ ROBLEDO, Jorge Enrique. “*El TLC recoloniza a Colombia: acusación a Álvaro Uribe Vélez*”. Bogotá: TR Ediciones, 2006. p. 68

¹²⁶ RAMÍREZ, Juan Carlos. “*Las negociaciones comerciales de Colombia; del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) a un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos*”. En: Serie Estudios y Perspectivas No. 5. Bogotá: Naciones Unidas – CEPAL, 2005. p. 12.

producción en nuestro país, y a su vez, cierra la posibilidad de los trabajadores colombianos para acceder fácilmente a un mercado laboral mejor remunerado como el norteamericano. Frente a este punto, una de las medidas que la doctrina propone para enfrentar esta problemática se enfoca en el fortalecimiento de la educación y la calificación de la mano de obra, pues esta *“incrementa la habilidad de los trabajadores para adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, es decir, facilita el traslado de mano de obra a los sectores económicos de mayor dinamismo y potencial productivo”*¹²⁷. Las subdivisiones, las viñetas y sus textos acompañantes deben presentarse sin sangría y justificados.

1.1.4.6 Medio Ambiente

En el capítulo sobre medio ambiente del TLC/Col-EEUU, las partes reconocen mutuamente sus derechos y obligaciones con respecto al uso y conservación de los recursos naturales, con miras a promover entre ellas un óptimo aprovechamiento de los mismos, para lo cual se comprometen a articular adecuadamente sus políticas comerciales y ambientales, con base en el principio de desarrollo sostenible. Para la doctrina nacional, la sostenibilidad ambiental se ha entendido como una verdadera limitación al derecho al desarrollo, consistente en que *“debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”*¹²⁸.

No obstante, en lo que respecta al articulado del TLC/Col-EEUU, no se observa la adopción de ninguna medida para garantizar que se implemente una estrategia ambiental conjunta y coherente con estas necesidades de las generaciones presentes y futuras, y por el contrario, existe una *“primacía del desarrollo entendido como crecimiento económico siempre se impone sobre la conservación, por lo que sólo podrá ser realmente sostenibilidad ambiental en la medida en que existan reales límites al proceso productivo, tanto en el uso, acceso, apropiación, producción, transformación, consumo,*

¹²⁷ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 482

¹²⁸ MESA CUADROS, Gregorio. *“Derechos ambientales en perspectiva de integralidad”*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2° Edición, 2010. p. 135

*comercio, o desecho de eso que denominan recursos naturales*¹²⁹, límites que se reitera, no se aprecian en el texto del TLC/Col-EEUU.

Ahora bien, continuando con las obligaciones consagradas en este capítulo, encontramos que se establece el deber de las partes de no omitir la aplicación de la legislación ambiental de tal manera que se disminuya el nivel de protección y se afecte el comercio entre ellas, ni tampoco suspender su aplicación so pretexto de incentivar el comercio y la inversión. También deberán garantizar un adecuado acceso a la administración de justicia en temas ambientales a las personas interesadas o afectadas, observando los principios de oralidad e imparcialidad en todos los procedimientos, y con la posibilidad de reclamar reparaciones frente a posibles infracciones de la legislación ambiental.

De la misma forma se adoptan algunas medidas institucionales como la conformación de un Consejo de Asuntos Ambientales que considerará y discutirá las cuestiones relacionadas con la implementación de este capítulo, así como la suscripción de un Acuerdo de Cooperación Ambiental -ACA- entre las partes, el cual se encuentra vigente desde abril de 2013, y permite a las personas interesadas la posibilidad de interponer, ante la secretaría de la Comisión de Cooperación Ambiental establecida en virtud del ACA, solicitudes de cumplimiento cuando se considere que alguna de las partes está dejando de aplicar la legislación ambiental, para lo cual se regula todo el procedimiento que deberán surtir estas solicitudes antes de que las secretaría las presente ante el Consejo, con el fin de que recomiende a la Comisión de Cooperación Ambiental los mecanismos que considere necesarios para monitorear el cumplimiento de la legislación ambiental por la parte accionada.

Para cerrar esta reflexión, no podemos negar que la negociación de un capítulo de asuntos ambientales en el TLC/Col-EEUU se explica por la mayor relevancia que ha adquirido este tema en ámbito del comercio internacional en general y en el de los acuerdos comerciales en particular. Lo anterior, debido a que *“la regulación ambiental, en algunos casos, puede llegar a ser incompatible con las disciplinas del comercio, ya que las políticas ambientales pueden crear efectos comerciales restrictivos y generar obstáculos técnicos al comercio*¹³⁰. Es por esto que el TLC/Col-EEUU pretende

¹²⁹ Ibid. p 136

¹³⁰ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 490

convertirse en instrumento integrador que *“fomente el desarrollo sostenible y complemente las políticas de liberalización comercial y protección ambiental”*¹³¹. No se trata de una tarea fácil dado que debe armonizar dos tipos regímenes jurídicos diferentes: por una parte, la normatividad sobre el comercio internacional consagrada en los acuerdos multilaterales del sistema OMC y demás acuerdos regionales de integración económica, y por otra parte, las disposiciones de los acuerdos multilaterales de protección del medio ambiente como el Protocolo de Kioto, el Protocolo de Montreal, el Convenio de Basilea, la Conferencia de Rio de Janeiro, entre otros. Deberá tenerse en cuenta que mientras Colombia ha ratificado la mayoría de estos acuerdos multilaterales de protección del medio ambiente, los Estados Unidos no reconocen estos instrumentos ni los han suscrito.

Esto constituye un tratamiento diferenciado en materia de protección ambiental que ha dado lugar a una serie de críticas, dado que el artículo 18.12 del TLC/Col-EEUU tiene una disposición que establece que *“Cada Parte reconocerá la importancia para sí de los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales es parte”*. Esta disposición ha sido entendida por la doctrina como la posibilidad de que los acuerdos que han sido ratificados por Colombia y no por EEUU *“tendrán que ser reconocidos únicamente por Colombia mientras que Estados Unidos podrá desconocerlos, implicando a su vez que sea factible la posibilidad de que en virtud de su poca adhesión en materia ambiental, Estados Unidos pueda incurrir en una especie de dumping ambiental al estar en capacidad de vender sus productos a un menor precio, gracias a la laxitud ambiental que pueda existir y sin que esto pueda ser demandado por Colombia”*¹³². Como vemos es otro rasgo que demuestra el carácter asimétrico del tratado a favor de los Estados Unidos.

1.2 El Libre Comercio con Estados Unidos en Perspectiva Comparada

Una vez finalizada esta reconstrucción esquemática de la normativa del TLC/Col-EEUU, el segundo paso del estado del arte de esta investigación consiste en realizar un estudio

¹³¹ *Ibíd.* p.506

¹³² PUYO POSADA, Jimena y SÁNCHEZ SIERRA, Eduardo José *“TLC: Capítulo Ambiental. Entre la Teoría y la Práctica.”* Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2007. p. 6, Disponible en Internet [http://www.icpcolombia.org/archivos/conceptos/pp_ambiental_tlc.pdf]. Consultado 23 de marzo de 2015.

de derecho comparado sobre las experiencias del libre comercio con los Estados Unidos. Con este fin se seleccionaron tres casos paradigmáticos que permiten contextualizar la reflexión, a saber, Chile, México y Perú.

Un antecedente importante de los TLC que firmaron estos países con EEUU fue la negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). En esta iniciativa de integración continental que comenzó en el año 1994, *“los países de América Latina y el Caribe (con la excepción de Cuba) acordaron con Canadá y los Estados Unidos la construcción del ALCA, que constituiría una enorme región de libre comercio del mundo”*¹³³, sin embargo este proceso se estancó debido a las diferencias existentes en cuanto al tratamiento diferenciado que se exigía para el sector agrícola de los países más vulnerables con la implementación de esta iniciativa. La misma doctrina especializada considera que estas negociaciones fueron *“difíciles en este campo y están entorpecidas en dos áreas cruciales: los temas agrícolas y de competencia comercial”*¹³⁴. Lo anterior dado que los países desarrollados nunca se mostraron dispuestos a realizar una reducción de las ayudas o subsidios a la producción agrícola, por lo que se vieron forzados a realizar un cambio de estrategia para abordar el libre comercio continental, que marcó el comienzo de esta nueva etapa de proliferación de las negociaciones bilaterales, con el objetivo de posibilitar en primer lugar la consolidación de las inversiones que se estaban proyectando en la región, y en segundo lugar, ofrecer mejores condiciones de acceso de las mercancías norteamericanas a los países de América Latina y el Caribe.

En el marco de esta proliferación de acuerdos bilaterales es que se suscriben por lo menos dos de los tres acuerdos que se analizarán en perspectiva comparada: el TLC/EEUU-Chile en 2003 y el TLC/EEUU-Perú en 2006. En cuanto a México, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN se firmó en 1992, sin embargo constituye el primer acuerdo implementado en los procesos de liberalización económica de los países latinoamericanos que se iniciaron desde finales de los años ochenta, por lo que aporta insumos valiosos para comprender los impactos del TLC/Col-EEUU en la economía colombiana. A continuación se realizará un acercamiento general a cada uno

¹³³ ASSAEL, Héctor. *“Asimetrías, comercio y financiamiento en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), y en América Latina y el Caribe”*. En: Serie Financiamiento del Desarrollo No. 146. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2004. p. 7

¹³⁴ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) *Óp. Cit.* p. 51

de ellos con el fin de conocer la experiencia del libre comercio con Estados Unidos y las similitudes que se puedan llegar a presentar con el caso bajo estudio.

1.2.1 El caso del TLC entre Chile y EEUU

A partir del primero de enero de 2015 es posible afirmar que el comercio entre EEUU y Chile ha quedado totalmente liberalizado en virtud del TLC suscrito entre ellos el 6 de junio de 2003 y que se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2004. Este acuerdo, que guarda bastantes similitudes con el TLC/Col-EEUU, finaliza una etapa de 12 años de implementación en los que se ha acumulado una experiencia importante que constituye un insumo valioso a la hora de comprender y explicar los efectos del TLC para el caso colombiano.

Un sector de la doctrina consultada sostiene que Chile ha sido el país de América Latina que más se ha beneficiado del proceso de apertura económica¹³⁵. Sin embargo, no está de más indicar que este proceso se desarrolla de manera diferente en cada país en que se ha implementado. La preparación de las economías para afrontar el libre comercio es una tarea fundamental. Para el caso de Chile, *“buena parte de los beneficios obtenidos de su inserción en el mercado global, derivaron en avances en estabilidad macroeconómica; fortalecimiento del sistema financiero, y fortalecimiento de la infraestructura institucional”*¹³⁶.

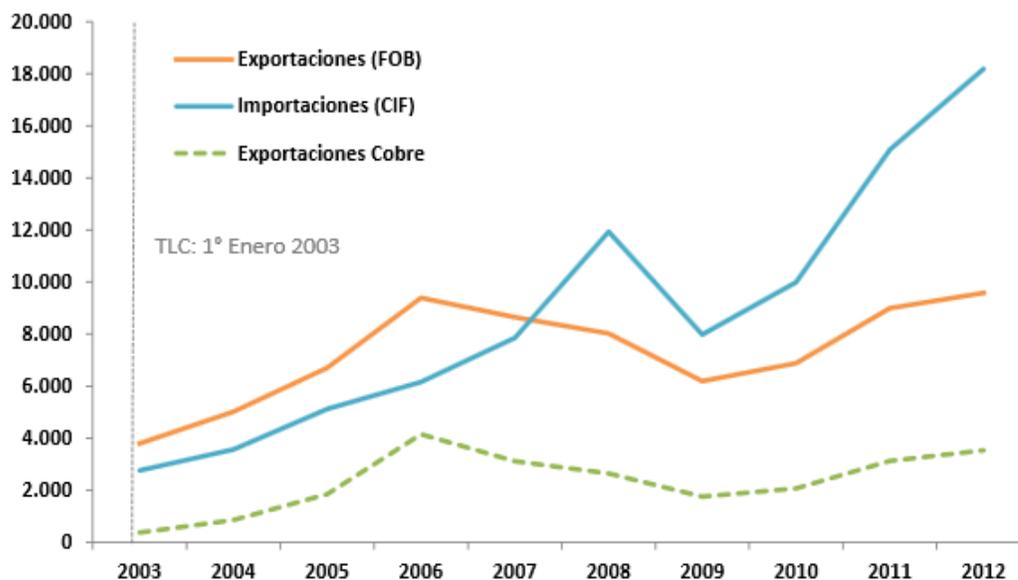
No obstante, sin demeritar estos importantes avances, es posible afirmar con base en los informes oficiales al respecto, que los EEUU han aprovechado en mayor medida el acuerdo tal y como se observa en el Cuadro 1-13, pues *“las exportaciones chilenas a EEUU crecieron a una tasa promedio anual de 10,8%, en tanto las importaciones se incrementaron a una tasa superior alcanzando un 23,3%. El saldo en la balanza comercial fue favorable para Chile hasta el año 2007, sin embargo a la fecha ésta es favorable a Estados Unidos y en 2012 alcanzó su máxima brecha con US\$ 7.685 millones”*¹³⁷.

¹³⁵ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 129

¹³⁶ *Ídem.*

¹³⁷ CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *“Evaluación de las relaciones comerciales entre Chile y Estados Unidos a diez años de la entrada en vigencia del Acuerdo”*.

EVOLUCIÓN DE LAS EXPORTACIONES E IMPORTACIONES DE CHILE HACIA Y DESDE ESTADOS UNIDOS 2003-2012 (en millones de US\$)

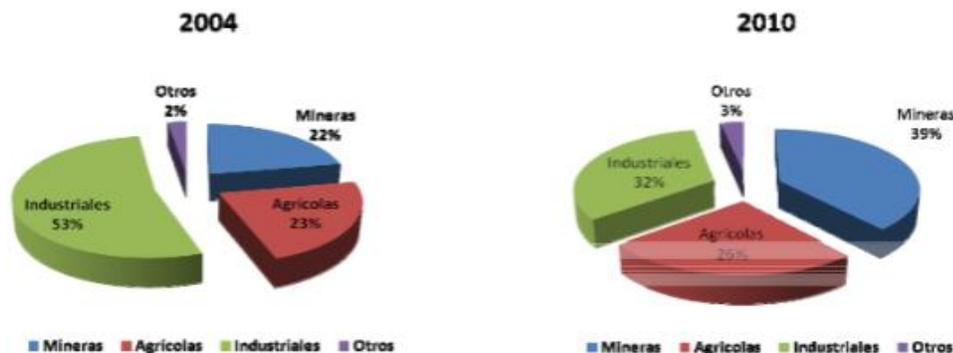


Fuente: CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. (2014). Óp. Cit. p 7.

Cuadro 1-13 Evolución del Comercio Chile-EEUU (2003-2012)

En este punto debe tenerse en cuenta además que en el año 2008 tuvo lugar la crisis financiera en EEUU que ocasionó una caída en todo el comercio bilateral en su conjunto hasta el año 2009, en que inicia la recuperación tanto de las exportaciones como de las importaciones. Sin embargo, a partir del año 2010 “*las compras desde Estados Unidos han aumentado a una tasa promedio anual de 35%, alcanzando un record en el total importado en 2012 por US\$ 18.188 millones, un 45% más que los US\$ 9.995 millones de 2010, posicionando a Estados Unidos como el principal país proveedor de mercancías (23%) seguido por China (18%)*”¹³⁸. En síntesis, después de 12 años de vigencia del TLC, Chile importa de los EEUU más del doble del total de lo que exporta a ese país.

En el Cuadro 1-14 se observa la composición y evolución de las exportaciones chilenas hacia EEUU:



Fuente: Banco Central

Fuente: CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. (2014). Óp. Cit. p 8

Cuadro 1-14 Evolución Sectorial de las exportaciones chilenas a EEUU

El anterior gráfico da cuenta de la mayor participación que tienen los sectores minero y agrícola con relación al sector industrial, el cual parece ser el menos beneficiado con la implementación del acuerdo. De su análisis podemos concluir que Chile ha logrado aprovechar en buena medida los beneficios del TLC con EEUU, lo cual se explica en parte porque se tomaron en su momento las medidas necesarias para preparar a la industria chilena para la competencia internacional, y porque su política económica se orientó por el principio de regionalismo abierto según el cual *“para estimular la inversión extranjera y el comercio internacional es necesario buscar acuerdos comerciales con el resto del mundo y no solo con países de América”*¹³⁹. Eso sí, que no quede un ápice de duda en que los EEUU están aprovechando en mayor medida las ventajas alcanzadas en virtud del tratado y que la balanza comercial es cada vez más deficitaria para Chile.

1.2.2 El caso del TLC entre Perú y EEUU

El TLC/Perú-EEUU fue suscrito el 12 de abril de 2006 y entró a regir el 16 de enero de 2009, por lo que nos encontramos actualmente en su séptimo año de implementación. Considero que indagar sobre esta experiencia resulta sumamente pertinente pues nos permite comprobar que la liberalización comercial mediante TLC se desarrolla de manera diferenciada en cada país, y su éxito depende del grado de preparación de la industria

¹³⁹ RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). Óp. Cit. p. 130

nacional frente al libre comercio. Para el caso de Perú, los estudios previos a la vigencia del acuerdo realizados por la Pontificia Universidad Católica del Perú resaltaron la vulnerabilidad del sector agropecuario frente a su implementación, pues aunque se consagraron prohibiciones a los subsidios de exportación esto *“no representa una solución al problema principal, el cual es ocasionado por las ayudas a los productores. De modo que, el marco actual del acuerdo mantiene la competencia desleal, problema que se acentúa además por la eliminación de mecanismos como la franja de precios que nos protegía en cierta medida de las distorsiones en los precios internacionales”*¹⁴⁰. Por supuesto que al igual que en el TLC con Colombia, el tema de las ayudas internas a la producción nunca fue puesto sobre la mesa ni aceptado por EEUU en las negociaciones, es un aspecto asimétrico a favor de EEUU común a los dos acuerdos.

En este sentido, el TLC/Perú-EEUU guarda una problemática similar con el caso Colombiano que a mi modo de ver resulta fundamental: el tema de la Biodiversidad y el Conocimiento Tradicional. Al respecto, los estudios mencionados son coincidentes con los nacionales en el sentido de resaltar que en virtud del acuerdo *“se avala el patentamiento de plantas lo que pone en riesgo Conocimientos Tradicionales y biodiversidad, ya que nuestros agricultores y/o comunidades, no podrían continuar con la manipulación de semillas que han hecho generación tras generación con los consecuentes aportes a la humanidad”*¹⁴¹.

De hecho, se podría volver sobre cada una de las críticas realizadas al TLC/Col-EEUU en los temas de inversión, compras públicas, comercio de servicios y solución de controversias y todas ellas serían claramente aplicables al caso peruano. Es por eso que tales estudios previos fueron concluyentes en afirmar que *“la suscripción del TLC tal cual está tiene costos significativos para la economía y la sociedad peruana, que hacen palidecer los beneficios potenciales que han sido sobre estimados y difundidos masivamente en la propaganda del gobierno.”*¹⁴². Prácticamente desde el inicio del proceso de implementación del acuerdo se existían dudas sobre los posibles beneficios

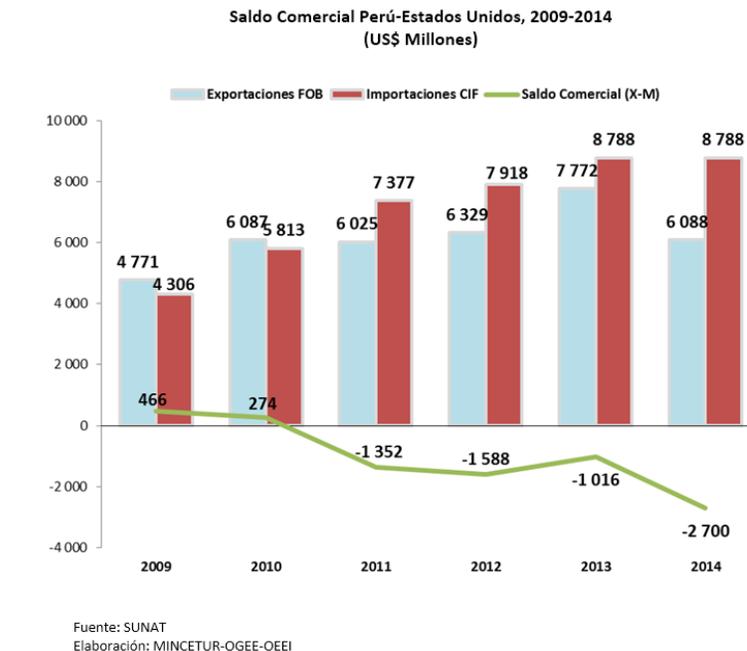
¹⁴⁰ FAIRLIE REINOSO, Alan; QUEIJA DE LA SOTTA, Sandra y RASMUSSEN A., Milagros. *“Tratado de libre comercio Perú – EEUU: Un balance crítico”*. Lima: LATN - CISEPA, 2006. p. 8 Disponible en internet [http://www.ciu.com.uy/innovaportal/file/674/1/133_-informe_universidad_catolica_de_peru.pdf]

¹⁴¹ *Ibíd.* p. 102

¹⁴² *Ibíd.* p. 100

que traería el acuerdo teniendo en cuenta el escaso nivel de preparación de la industria local.

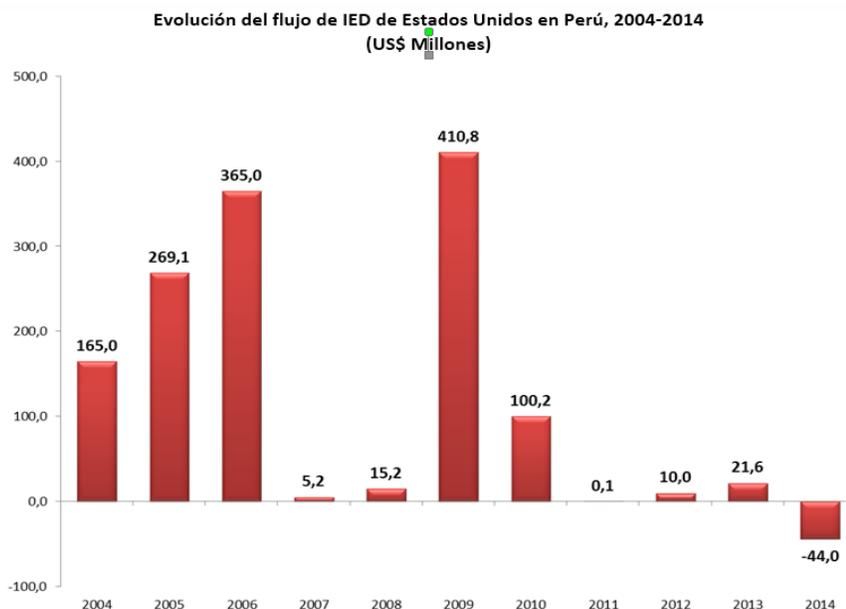
Sin embargo estas dudas quedaron disipadas con la dinámica actual del comercio bilateral. En este sentido, en el Cuadro 1-15 podemos observar que al igual que en el caso chileno, los EEUU aprovechan en mayor medida el acuerdo, o por lo menos eso es lo que permiten concluir los informes oficiales. Las asimetrías saltan a la vista, pues a lo largo de 6 años de vigencia del acuerdo los EEUU han logrado duplicar el valor de las importaciones totales realizadas hacia Perú registrando a 2014 un total de 8788 millones de dólares. Y si bien es visible un aumento sostenido en las exportaciones peruanas a EEUU hasta llegar a 7772 millones de dólares en 2014, este no es tan significativo como en el caso de EEUU, aunado a que actualmente el país enfrenta una reducción de las exportaciones de por lo menos en un 22% con respecto al 2013. Perú inicia el TLC con una balanza favorable en 466 millones de dólares y termina el 2014 con una balanza favorable a los EEUU, su contraparte, en -2700 millones de dólares.



Fuente: PERÚ. Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
"Reporte de Comercio Bilateral Perú-EEUU". Lima: Oficina
General de Estudios Económicos – MINCETUR, 2014. p. 4
[<http://www.mincetur.gob.pe/hewweb/Default.aspx?tabid=793>]

Cuadro 1-15 Saldo Comercial Perú – Estados Unidos (2009-2014)

Por otra parte, el Cuadro 1-16 presenta los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED) de EEUU a Perú en vigencia del TLC:



Fuente: PERÚ. Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (2014) Óp. Cit. p. 2

Cuadro 1-16 Evolución del flujo de IED de EEUU a Perú (2004-2014)

De la gráfica anterior podemos concluir que el panorama en términos de inversión extranjera directa no puede ser más desalentador, dado que el mayor flujo de inversión extranjera directa se dio en el primer año de implementación del TLC en 2009 con 410 millones de dólares, sin embargo Perú ha presentado dificultades para atraer y mantener las inversiones provenientes de EEUU en los años posteriores. De hecho, En la actualidad se puede apreciar que la IED proveniente de EEUU cerró en números negativos en el año 2014, el peor desempeño desde que inició la implementación del TLC con EEUU.

En este punto es necesario señalar que al igual que en el TLC/Colombia-EEUU, el sector agrícola ha sido el más damnificado con la implementación del acuerdo, ya que los plazos de desgravación arancelaria que se están haciendo efectivos “*pueden ser perjudiciales para los productores nacionales como lo demuestran los resultados de algunos estudios. La Secretaría General de la CAN, señala que los productores de cereales, trigo, lácteos, arroz procesado, semillas oleaginosas, entre otros, verían su*

*producción afectada de forma negativa*¹⁴³ durante los próximos años. Además, la eliminación de la franja de precios propició la variación de los precios de importación desatando con ello una crisis de competitividad de la producción nacional frente al TLC similar a la colombiana.

1.2.3 EI TLCAN y La Experiencia Mexicana.

En el caso de México encontramos el TLCAN, una iniciativa de integración comercial acordada con Estados Unidos y Canadá con el fin de crear una Zona de Libre Comercio entre ellos, que se suscribió el 17 de diciembre de 1992 y comenzó su vigencia a partir del primero de enero de 1994, por lo que estamos hablando de una experiencia acumulada de 21 años libre comercio con EEUU que puede aportar a la comprensión de los impactos económicos de las asimetrías en el caso colombiano.

Desde su suscripción, el tratado fue considerado como una pieza fundamental en el nuevo modelo de desarrollo que adoptaría México basado en la apertura económica. Sin embargo, dos décadas después, *“aparece como la cabeza visible de una estrategia sobrevalorada, mal implementada, que partió del supuesto de creer que México podía negociar al mismo nivel de un país desarrollado, renunciando a las prerrogativas de su subdesarrollo; y a creer firmemente que existía un mercado todo poderoso que se encargaría por sí solo de poner las cosas en su sitio”*¹⁴⁴.

En efecto, si bien *“en su origen al TLCAN se le vendió como un acuerdo de creación de empleos, de mejoras salariales, de reducción de migración, como motor de crecimiento económico, como agente reductor de las brechas económicas existentes con E.U. y Canadá, etc. lamentablemente para todos, tanto para los impulsores como para aquellos que lo han cuestionado, los resultados que todos hubieran deseado no se han logrado”*¹⁴⁵ pues así lo sostienen estos estudios.

¹⁴³ FAIRLIE REINOSO, Alan, *et al.* (2006) *Óp. Cit.* p. 13

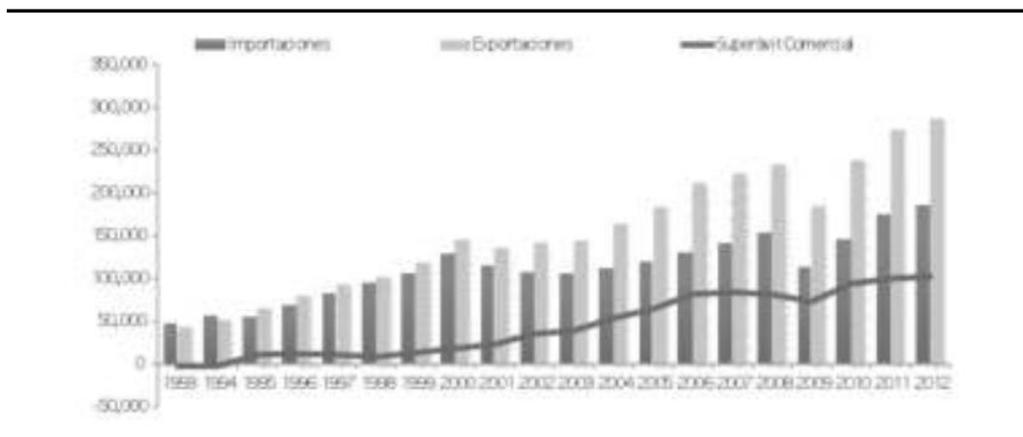
¹⁴⁴ OROPEZA GARCÍA, Arturo (Coord.). *“TLCAN 20 años ¿Celebración, desencanto o replanteamiento?”*. México D.F.: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 18

¹⁴⁵ *Ibíd.* 16

Y aunque se reconoce que con el TLCAN “*las exportaciones mexicanas se han incrementado y la inversión extranjera ha aumentado considerablemente*”¹⁴⁶, estos avances quedan rezagados si se tiene en cuenta que “*el mercado interno se ha fragmentado entre algunas regiones exportadoras ganadoras y numerosas regiones perdedoras y empobrecidas en el resto del país; la estructura productiva del sector industrial mexicano se ha deteriorado y el incremento de las exportaciones obedece al crecimiento de la maquila*”¹⁴⁷ que como sabemos es una industria intensiva en insumos importados, mano de obra poco calificada y escaso valor agregado en la producción final, que de todas formas se termina exportando en mayor medida a EEUU. En la actualidad se sostiene incluso que ante la falta de implementación de “*una estrategia que incluyera programas y proyectos de desarrollo regional y sectorial para elevar el valor agregado generado, México se convirtió en un país maquilador a base de ensamblado, con un valor agregado decreciente en sus exportaciones: en el periodo 1993-2012 cayó de 58.8% a 39.13%*.”¹⁴⁸.

A continuación el Cuadro 1-17 se observa sobre la balanza comercial entre México y EEUU:

**Comercio Exterior de México con Estados Unidos
(Cifras en millones de dólares)**



Fuente: Banco de Información Económica (BIE), INEGI.

Fuente: OROPEZA GARCÍA, Arturo (2014). Óp. Cit. p. 167

Cuadro 1-17 Comercio Exterior entre México y EEUU (1993-2012)

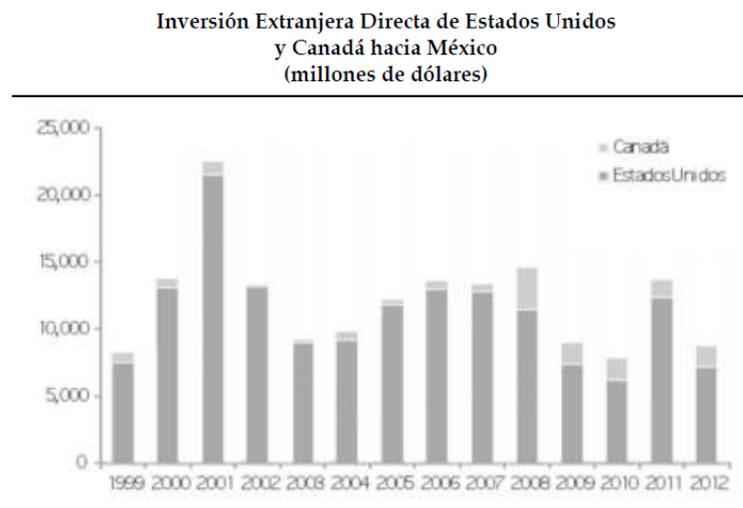
¹⁴⁶ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) Óp. Cit. p. 54

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ OROPEZA GARCÍA, Arturo (2014). Óp. Cit. p. 166

Puede constatar que el comercio bilateral ha aumentado significativamente durante la vigencia del TLCAN. Las exportaciones han crecido a un mayor ritmo que las importaciones desde EEUU, por lo que la balanza es actualmente superavitaria a favor de México. Sin embargo, la doctrina ha puesto de presente que *“el 50% del superávit con Estados Unidos corresponde a las exportaciones de la industria maquiladora, mientras que el 50% restante se debe por partes iguales a las exportaciones petroleras y automotrices. Es decir, la base del superávit con Estados Unidos es la exportación de mano de obra barata y de recursos naturales; además las exportaciones se concentran en pocas actividades y están dominadas por un minúsculo grupo de corporaciones trasnacionales”*¹⁴⁹. Las asimetrías a favor de Estados Unidos en la dinámica del comercio terminaron generando un redireccionamiento de las exportaciones mexicanas hacia este país hasta llegar a un punto crítico. Actualmente, los estudios indican que *“México realiza el 96.3% de su comercio con Estados Unidos y el restante 3.7% con Canadá”*¹⁵⁰.

Por otra parte, es necesario en este punto hacer referencia a la inversión extranjera directa hacia México proveniente de Estados Unidos y Canadá. A continuación en el Cuadro 1-18 se observa su evolución en vigencia del TLCAN:



Fuente: Secretaría de Economía.

Fuente: OROPEZA GARCÍA, Arturo (2014). Óp. Cit. p. 168

Cuadro 1-18 Inversión Extranjera Directa de EEUU y Canadá hacia México

¹⁴⁹ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. (2004) Óp. Cit. p. 55

¹⁵⁰ *Ibíd.* 166

La gráfica permite afirmar que desde el año 2001 en que se presentó la cifra más alta de IED de 20.000 millones de dólares, se han tenido dificultades para mantener y aumentar los flujos de IED provenientes de EEUU, enfrentando actualmente una disminución cercana al 40% con respecto al 2011. Podemos concluir que en el caso de México si bien *“el TLCAN ha impulsado el comercio y la inversión, esto no se ha traducido en un crecimiento significativo, en la generación de puestos de trabajo o de un mercado interno con las condiciones para crecer de manera sustentable. Uno de los problemas que el TLCAN ha generado es básicamente una economía exportadora de las empresas transnacionales, en consecuencia, la transformación de México en un país exportador de maquinaria y equipo”*¹⁵¹. En efecto, se sostiene que *“la apertura indiscriminada de los mercados, sin preparación sectorial alguna o políticas de nivelación, nos ha llevado a un dualismo social y productivo crítico, a significativos déficits comerciales, así como a un Estado debilitado con su respectiva consecuencia en el deterioro del tejido social”*¹⁵². En este sentido, si bien hay avances, *“las ventajas están mal distribuidas mientras que los rezagos estructurales se han profundizado”*¹⁵³.

Para concluir quisiera resaltar un aspecto de los resultados del TLCAN en la economía mexicana que a mi modo de ver resulta relevante para el estudio del caso colombiano. Como sabemos, el tema agrícola en el TLC ha sido muy controversial en ambos países, pues se ha criticado que el grado de preparación del sector no es el adecuado para enfrentar la competencia internacional. Ahora bien, si se analiza comparadamente, los estudios consultados revelaron que TLCAN tuvo un impacto negativo sobre la producción agrícola nacional de México, pues *“difícilmente pudo competir con el campo subsidiado de los EU y otros países que operaban con costos más bajos. En general pasados los años de transición que se dieron y que en muchos productos no se respetaron, las grandes cadenas agroalimentarias principalmente de EU se apoderaron del mercado nacional, volviendo altamente deficitaria la balanza alimentaria de México”*¹⁵⁴. Esto generó una pérdida total de la soberanía alimentaria del país, que profundizó la dependencia con EEUU en granos básicos como maíz, frijol, arroz, trigo, carnes, lácteos, entre otros. Considero que esto debe ser objeto de reflexión pues es el impacto que

¹⁵¹ OROPEZA GARCÍA, Arturo (2014). *Óp. Cit.* p. 57

¹⁵² *Ibíd.* 56

¹⁵³ *Ibíd.* 62

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 147

podría esperarse del TLC/Col-EEUU sector agropecuario nacional. De allí que el caso de México sea sumamente pertinente para observar lo que le espera a Colombia una vez terminen los plazos de desgravación establecidos en el TLC/Col-EEUU.

1.2.4 Reflexiones Comunes

A continuación me permito presentar algunas reflexiones comunes a los tres casos que se han estudiado en perspectiva comparada en desarrollo de esta investigación:

-La implementación de procesos de apertura económica mediante la adopción de TLC ha sido más exitosa en países que lograron adoptar medidas sectoriales oportunamente para preparar a los productores nacionales frente a la competencia internacional. En donde no se han adoptado, los resultados de los acuerdos resultaron totalmente adversos en términos de crecimiento económico, desempleo y reducción de pobreza, y altamente lesivos en lo que respecta a los productores nacionales de bienes sensibles en cada país.

-En los tres casos se evidencia que EEUU ha sido quien más se ha beneficiado con los acuerdos actualmente, pues no se vio abocado en ninguna de las negociaciones a poner de presente el tema de la reducción de las ayudas internas a sus productores, lo cual es común a los 4 tratados a que me he referido en esta investigación, pero sí logró acceder a los mercados de estos países masivamente y aumentar de manera significativa el volumen de las exportaciones agrícolas que realizaba hacia estos países.

-El nivel de afectación del sector agropecuario en cada uno de los países ha prendido las alarmas en términos de soberanía alimentaria y el grado de dependencia frente a las multinacionales que controlan el mercado de las semillas y los alimentos es preocupante.

-La arquitectura de los acuerdos es bastante similar, se presentan las mismas regulaciones asimétricas a favor de EEUU en temas como propiedad intelectual, inversiones, compras públicas, mercancías, servicios, etc., lo que pone en duda su reciprocidad y la existencia misma de una verdadera negociación.

-En ninguno de los acuerdos se establece la liberalización del factor trabajo, ni tampoco mecanismos comprometan a los estados en políticas educativas inclusivas que permitan contar con mano de obra mejor calificada y remunerada. De hecho, la flexibilización de la

regulación laboral incentiva a las multinacionales a trasladar los centros de producción para reducir sus costos operativos.

1.3 La Incidencia del TLC/Col-EEUU en la Globalización Económica, en los Procesos de Integración Comercial y en la Interpretación de la Constitución Política

En la última etapa del Estado del arte se realizará una reconstrucción teórica y conceptual del TLC/Col-EEUU en el contexto de la globalización económica neoliberal y los procesos de integración comercial, y sus efectos frente al ordenamiento interno. Para ello se propone, en primer lugar, ubicar el acuerdo como un instrumento de inserción de Colombia en la economía globalizada y a la vez como forma específica de implementación de la política económica neoliberal en nuestro país. En segundo lugar, indagar sobre las consecuencias de la implementación del acuerdo de cara a los demás procesos de integración económica y comercial que se adelantan a nivel bilateral o multilateral, dentro del fenómeno conocido como entrecruzamiento de escenarios normativos del comercio internacional o teoría del “*spaghetti bowl*”. Y en tercer lugar, determinar las implicaciones de la irrupción del modelo económico neoliberal en Colombia a través de la adopción de acuerdos comerciales, en la interpretación de la Carta Política.

1.3.1 El TLC/Col-EEUU como instrumento de inserción en la economía globalizada

La globalización¹⁵⁵, como fenómeno económico, en su concepción más pura, supone un “*proceso totalmente libre de circulación de mercancías, capitales y factores de la producción entre los países del mundo*”¹⁵⁶ en virtud del cual se genera un “*proceso de*

¹⁵⁵ “Al hablar de globalización, es necesario tener presente que se trata de un tema que genera polémica en todo el mundo, que existen múltiples interpretaciones y que no existe consenso acerca de sus verdaderos alcances. Se le atribuyen connotaciones culturales, políticas, económicas y de otra índole.” RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). *Óp. Cit.* p. 73

¹⁵⁶ KALMANOVITZ, Salomón. “Oportunidades y riesgos de la globalización para Colombia”. Bogotá: Banco de la República, 2000. p. 1 En internet: <http://quimbaya.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-disursos/pdf/theglobe.pdf>

*convergencia en las remuneraciones de los factores y en el crecimiento económico de los países*¹⁵⁷. Como es claro, este estadio ideal del proceso globalizador aún está lejos de alcanzarse y en ello radica su crítica fundamental, que la supuesta convergencia en la remuneración de los factores ha sido en realidad imposible en las condiciones actuales del comercio internacional debido a *“las enormes diferencias de los recursos de los países, las barreras comerciales y las brechas tecnológicas”*¹⁵⁸, es decir, debido a las asimetrías que se presentan en el intercambio mundial. De allí que un sector de la doctrina sostenga que *“si el libre comercio es libre circulación de factores en competencia perfecta, con el resultado final del equilibrio, que incluye bienes, servicios, inversiones, capital conocimiento y personas, (...) es posible que cuando incursionemos en la práctica de definir la arquitectura de los acuerdos internacionales comerciales que se desarrollen (...), encontremos que el “remedio” del “libre comercio” aparente resulta para la liberalización real de los factores peor que la enfermedad”*¹⁵⁹, dado que los estudios citados han concluido que los avances del libre comercio en términos de convergencia siguen siendo muy limitados¹⁶⁰.

Ahora bien, organismos internacionales como la CEPAL han entendido la globalización como *“el término utilizado para designar el amplio proceso de transformación tecnológica, institucional y de orientación que está ocurriendo en la economía internacional, (...) el fenómeno y sus elementos constitutivos no están claramente delimitados y globalización es tanto un proceso, como una fuerza propulsora y un resultado”*¹⁶¹. No obstante su vaguedad semántica, para efectos de esta investigación la globalización será entendida como un proceso que orienta la política económica de los países capitalistas hacia la liberalización de sus mercados¹⁶² a través de diversos instrumentos entre los que se

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ UMAÑA MENDOZA, Germán. (2010) *Óp. Cit.* Pp. 328.

¹⁵⁹ *Ibíd.* p. 330

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 331

¹⁶¹ KALMANOVITZ, Salomón. (2000) *Óp. Cit.* Pp. 2

¹⁶² “La liberalización del mercado se estructuró a partir de contenidos y estrategias políticas y económicas que se orientaran a generar las condiciones que posibilitaran una inserción de las economías nacionales al mercado global. En suma se trató de liberalizar y flexibilizar los mercados de bienes, trabajo y capitales, mediante la apertura económica y comercial (libre importación y promoción de exportaciones), flexibilización laboral y liberalización financiera (promoción a la inversión extranjera directa)” ESTRADA ALVAREZ (Ed.) *“Intelectuales, tecnócratas y reformas*

encuentran los acuerdos de libre comercio, que a su vez se enmarcan en la implementación de un modelo económico “*neoliberal*”¹⁶³ por vía institucional, jurídica y política. Si bien esta característica es claramente apreciable en la mayoría de países que participan del comercio internacional en el sistema OMC, la doctrina nacional reconoce que subsisten “*elementos muy anti-liberales dentro de las economías de los gobiernos y especialmente en la que cree el público de los países avanzados*”¹⁶⁴, por lo que podemos sostener que a la par del neoliberalismo que se implementa en Colombia surge correlativamente un neoproteccionismo de EEUU, que se expresa en el trato asimétrico en por ejemplo en la exclusión de la negociación del tema de las ayudas internas a los productores, o también en los temas de compras públicas donde también se establecen numerosas excepciones que en últimas son restricciones de acceso a favor de EEUU.

Por eso, aunque la globalización es un “*proceso integrador; (...) voluntario; que posibilita la división internacional del trabajo; diversifica las fuentes de abasto; multiplica el tamaño de los mercados internos (considérese para la globalización también a los laborales y financieros y no únicamente a los de mercancías de consumo final)*”¹⁶⁵, podemos afirmar que en su etapa actual se caracteriza por “*dinamizar directamente a las finanzas y a la producción dejando al comercio en un segundo plano*”¹⁶⁶, no bastándole exclusivamente con el intercambio de mercancías, sino que el objetivo central que consiste en “*encontrar aquellas zonas o países en donde el abasto de materias primas, mano de obra y capitales esté garantizado a un menor costo*”¹⁶⁷.

Lo anterior nos permite afirmar que los Acuerdos de Libre Comercio existen para reducir costos al intercambio mundial, y en este sentido podemos sostener que las verdaderas protagonistas de la globalización como proceso económico y las principales interesadas y

neoliberales en América Latina”. Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-UNAL, Convenio Andrés Bello-Colciencias, 2005. p. 333

¹⁶³ “*En consonancia con la tendencia mundial, de lo que HOBBSAWN ha definido como el fin de la “edad de oro”, también en Colombia puede aseverarse que las respuestas a la crisis mundial, iniciada en la década de 1970, se han basado en los principios enunciados por los teólogos seculares del mercado libre. Hoy se puede afirmar, que en el país se ha instalado un nuevo proyecto político económico neoliberal*” *Ibid.* p. 12

¹⁶⁴ KALMANOVITZ, Salomón. *Óp. Cit.* Pp. 1

¹⁶⁵ CORCHADO Reyes, María del Carmen. “*Formas de integración económica: Globalización y Regionalización*”. LIMUSA, México D.F., 2010. p. 99

¹⁶⁶ *Ídem.*

¹⁶⁷ *Ídem.*

beneficiadas con la suscripción de estos acuerdos de libre comercio son las empresas transnacionales, pues su propósito es acceder a los mercados locales no solamente mediante la exportación de sus mercancías, sino también mediante el traslado de los centros de producción con el fin de aprovechar los bajos costos de los factores en los países en desarrollo como el nuestro, como por ejemplo en insumos y mano de obra. Así parece evidenciarlo el estudio realizado en la sección anterior especialmente con el caso del TLC México-EEUU.

Otro factor que explica el surgimiento de los TLC bilaterales Norte-Sur en el marco de la globalización económica consiste en que un número cada vez mayor de países latinoamericanos vienen aplicado con diferentes grados de intensidad, medidas de ajuste estructural a sus economías e instituciones públicas, siguiendo de cerca las recomendaciones de la banca multilateral (FMI, BM, BID), las cuales están inspiradas en las formulaciones del Consenso de Washington¹⁶⁸, y promueven la liberalización de los mercados y desregulación de las economías. No obstante, es claro que las mencionadas instituciones de financiamiento internacional que agencian el nuevo orden económico neoliberal¹⁶⁹, más que responder a los intereses y necesidades reales de los países a los cuales pretenden ayudar, se han convertido en verdaderas “*entidades oficiosas del capital financiero internacional*”¹⁷⁰, que se encargan de facilitar y “*promover la expansión del poder político y económico de las empresas multinacionales*”¹⁷¹. Son estas agencias

¹⁶⁸ “*La crisis y transición de un régimen de acumulación basado en el mercado interno y el llamado “consenso keynesiano” hacia un nuevo régimen que de manera vertiginosa se abre paso con el proceso de financiarización de la economía y despliega potencia especulativa y prosperidad, así como crecimiento inflado y ficticio. Ese nuevo régimen es expresivo igualmente del debilitamiento del capital productivo y de sus proyectos políticos, y de una nueva fase histórica del despliegue transnacional del capitalismo, tendiente a la superación del predominio de sus formas de organización nacional- estatal. En el caso colombiano se trató del tránsito de la industrialización por sustitución de importaciones a la llamada apertura económica y modernización del Estado y a la implantación de las reformas del “Consenso de Washington”.* ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo Óp. Cit. p. 265

¹⁶⁹ “*La constitución de 1991 consagró en Colombia el Estado social de Derecho y representó avances importantes en la constitucionalización de derechos económicos y sociales. No obstante también produjo las condiciones institucionales para el afianzamiento –por vía constitucional- del proyecto político económico neoliberal durante los últimos lustros.*” *Ibíd.* p. 289

¹⁷⁰ RAMÍREZ ALJURE, Jorge. “*El neoliberalismo, manifestación delirante del capitalismo*”. En: “*Crisis neoliberal en Colombia: Dificultades y perspectivas desde la clase media*”. Bogotá: Gente Nueva, 2009. p. 43

¹⁷¹ ELLWOOD, Wayne. “*Casino Mundial. Claves de la globalización económica*”. Barcelona: INTERMON OXFAM, 2003. p. 13.

las que recomiendan la suscripción de acuerdos como el TLC/Col-EEUU, pues consideran que *“una mayor apertura económica, una liberalización del comercio y la apertura de los flujos de Inversión Extranjera Directa evidencian que los beneficios en materia de desarrollo económico y reducción de la pobreza tienden a ser relativamente mayores que los riesgos o costos posibles para aquellos países de que globalizado su economía”*¹⁷².

Estas agencias internacionales tienen una confianza excesiva en la capacidad de los mercados para asegurar por sí mismos el crecimiento de la economía en su conjunto y la reducción de la pobreza, a partir de los beneficios del sector exportador y el incentivo a la inversión. La fe ciega que tienen en el libre comercio justifica la reducción del papel del Estado, a la simple adopción de las medidas necesarias para implementar el libre comercio, interviniendo únicamente para la corregir de los eventuales *“fallos de mercado”*¹⁷³ que puedan llegar a distorsionar el intercambio. Ésta confianza a ultranza en la *“mano invisible”* del mercado¹⁷⁴, parte del supuesto de que el crecimiento económico beneficia a los pobres, aun cuando en los acuerdos comerciales no se tome ningún tipo de medida o política pública específica frente a los pobres, ya que sostienen que los beneficios del crecimiento económico se difunden a todos. Sin embargo como se pudo observar en el estudio de derecho comparado latinoamericano, el libre comercio no implica necesariamente un aumento del crecimiento económico, y aunque así lo fuera, los beneficios de tal crecimiento económico no se reflejarán en la sociedad en su conjunto ni tampoco en los índices de disminución de la pobreza, a menos de que existen unas políticas macroeconómicas redistributivas que garanticen de manera efectiva este propósito. Es por eso que hasta los mismo defensores del TLC/Col-EEUU sostienen que el libre comercio por sí mismo *“no es la causa eficiente del desarrollo ni de la reducción*

¹⁷² RAMÍREZ Ocampo, Jorge (2007). Óp. Cit. p. 76

¹⁷³ Los economistas utilizan la expresión fallo del mercado para referirse a las situaciones en las que el mercado no signa eficientemente los recursos por sí solo, los principales fallos del mercado obedecen a cálculo inadecuado de los costos y beneficios, competencia imperfecta, información asimétrica, externalidades negativas, entre otros cfr. MANKIW, N. Gregory. *“Principios de economía”*. Madrid: Thomson, 4° Ed., 2007. p. 4

¹⁷⁴ Los ideólogos del liberalismo económico clásico, han sostenido que los mercados tienen una capacidad inherente de autorregularse, es decir, de propiciar por sí mismos una distribución eficiente de los recursos sin necesidad de la intervención o regulación del Estado, ésta propiedad ha sido distinguida tradicionalmente como *“Teoría de la mano Invisible”*, desarrollada a partir de la obra de: SMITH, Adam. *“Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”*. Fondo de Cultura Económica. 2° Edición. México, 1997.

*de la pobreza; es apenas una condición indispensable para que las políticas nacionales generen resultados benéficos. Sin una política interna seria y ortodoxa, que incluya las instituciones, la política macroeconómica, la infraestructura, los trámites, etc., el proceso de desarrollo se estrella con inmensas dificultades*¹⁷⁵.

De esta forma podemos concluir que la inserción en la economía globalizada mediante Acuerdos de Libre Comercio como el TLC/Col-EEUU puede generar condiciones de crecimiento económico en los países, siempre que el grado de preparación de la industria nacional sea el apropiado para la competencia internacional y exista cierto nivel de reciprocidad entre las obligaciones y los beneficios entre las partes. Si los Acuerdos de Libre Comercio se desarrollan entre países con diferente nivel de desarrollo tecnológico, es necesario que exista un tratamiento diferenciado a favor de los países menos desarrollados dadas las condiciones asimétricas en que se realizará el intercambio. De no lograrse este trato, bien podría registrarse un aumento del comercio entre las partes, pero este no se reflejará significativamente en el crecimiento económico y tampoco en la reducción de la pobreza.

Para concluir, es posible que los tratados asimétricos generen condiciones para que un país aproveche en mayor medida el acuerdo que otro, convirtiendo así el libre comercio en entonces un juego de ganadores y perdedores. Algunos países logran una inserción exitosa y otros no, es una consecuencia indeseable pero inevitable del libre comercio en las actuales condiciones del intercambio mundial.

Como introducción a la siguiente sección, los TLC se dan en contextos específicos en los cuales los países pueden encontrarse adelantando procesos de integración económica o comercial de forma unilateral, bilateral o multilateral, lo que implica que en la práctica es apreciable la coexistencia de diferentes regímenes de intercambio dependiendo del TLC del país o región con que se comercie. La trasposición de los acuerdos complejiza en mayor medida la administración de las obligaciones de cada uno de ellos, inclusive puede darse el caso de que tales obligaciones sean absolutamente contradictorias, y

¹⁷⁵ RAMÍREZ Ocampo, Jorge. “¿No TLC? El impacto del tratado en la economía colombiana”. Editorial Norma. Bogotá, mayo de 2007. Pp. 21.

ante ello no podría realizarse una adecuada implementación de los mismos. Esta problemática que es característica en el caso colombiano será analizada a continuación.

1.3.2 La proliferación de los acuerdos comerciales y la teoría del “Spaguetti Bowl”

Existe cierto consenso en considerar que a partir de la constitución de la OMC en 1994 el comercio internacional entró en una etapa de “reactivación de los anteriores procesos de integración regional y la generación de unos nuevos”¹⁷⁶, lo cual ha propiciado la proliferación de los acuerdos de libre comercio a lo largo de estos últimos veinte años¹⁷⁷, y para el caso de América Latina, se ha materializado en la suscripción de por lo menos 30 acuerdos de este tipo recientemente.

En el Cuadro 1-19 podemos constatar los acuerdos que conforman el entramado actual y potencial del comercio exterior colombiano:

ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO EN COLOMBIA		
Vigentes	Suscritos	Negociaciones en Curso
<ul style="list-style-type: none"> • TLC Colombia-México • TLC Colombia-Chile • TLC Colombia-Canadá • TLC Colombia-EEUU • TLC Colombia-Cuba • TLC Colombia-Nicaragua • Acuerdo de Alcance Parcial con Venezuela. • TLC Colombia-Triángulo del Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras) • TLC Colombia – Asociación Europea de Libre Comercio AELC (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia) • TLC Colombia-Unión Europea (UE) • CAN • CARICOM • MERCOSUR 	<ul style="list-style-type: none"> • Alianza del Pacífico (Chile-Colombia-México-Perú) • TLC Colombia-Corea del Sur • TLC Colombia- Costa Rica • TLC Colombia-Israel • TLC Colombia-Panamá 	<ul style="list-style-type: none"> • TLC Colombia-Turquía • TLC Colombia-Japón • Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS-TISA) 51 países.

Fuente: COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. “Acuerdos Vigentes, Suscritos y negociaciones en curso” Disponible en internet [<http://www.tlc.gov.co/index.php>]

Cuadro 1-19 Acuerdos de Libre Comercio en Colombia

¹⁷⁶ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*) (2012). *Óp. Cit.* p. 175

¹⁷⁷ La doctrina especializada vincula la proliferación de acuerdos bilaterales y plurilaterales con las características propias de la economía global en una fase avanzada de su proceso de maduración cfr. HALPERÍN, Marcelo. “Spaghetti Bowl o el multilateralismo en cuestión”. En: Informe Integrar No. 67 junio de 2011. La Plata: Instituto de Integración Latinoamericana. Universidad Nacional de la Plata. p. 2

Es posible apreciar que países como Chile, Colombia y Perú han adoptado paulatinamente una tendencia común que consiste en orientar su política económica exterior hacia un regionalismo abierto en virtud del cual pueden integrarse a la economía mundial mediante diversos TLC ya sea con países o bloques de países que no necesariamente pertenecen a su propia región o hemisferio.

La superposición de todas estas normas convencionales vigentes en el ámbito del comercio internacional ha complejizado la implementación del libre comercio entre los países, lo cual ha sido explicado por la doctrina desde la teoría del “*Spaghetti Bowl*” o “*Entrecruzamiento de Acuerdos*”, según la cual “*los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) constituyen un enmarañado entrecruzamiento de aperturas comerciales que superponen distintos tipos de desgravación arancelaria, normas de origen dispares y diferentes tratamientos para otras disciplinas comerciales*”¹⁷⁸. La consecuencia negativa de este fenómeno es que “*se subdivide el intercambio internacional de un país bajo diferentes tratamientos arancelarios, distintas normas y exigencias, flexibilidades, excepciones, etc. Cuanto más numerosas son las diferencias entre los acuerdos, más atentan contra el objetivo de facilitación del comercio y generan, sin proponérselo, ineficiencia, dificultades o caos en sus diversos ámbitos de aplicación y control*”¹⁷⁹. Por ejemplo, en el caso colombiano encontramos abiertas contradicciones entre los acuerdos bilaterales y multilaterales en el tema de patentes. En este sentido, mientras en el TLC/Col-EEUU se permite otorgar patentes sobre obtenciones vegetales, animales o microorganismos mientras, la normativa andina consagrada en las Decisiones 351 y 486 lo prohíben expresamente.

De esta forma, la suscripción y expansión de un número cada vez mayor de acuerdos comerciales bilaterales resulta contraproducente al momento de su implementación debido a la complejidad generada de su entrecruzamiento. Valga la pena aclarar que esta complejidad se produce en el escenario bilateral en el que se fijan normativas de excepción al principio de la nación más favorecida, en perjuicio de las obligaciones el ámbito multilateral, en donde se observa claro un desgaste de los escenarios como el ALCA, la OMC Ronda Doha, y la crisis de la UE. Al respecto la doctrina sostiene:

¹⁷⁸ CORNEJO, Rafael y HARRIS, Jeremy. “*Propuesta metodológica para la convergencia del Spaghetti Bowl de las reglas de origen*”. Buenos Aires: BID-INTAL, 2007. p. 1.

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 3.

“Contrariamente a los esquemas preconcebidos por los ordenamientos multilaterales, el spaghetti bowl es un entrelazado de voluminosos códigos que, más allá de programar la liberalización de transacciones para determinadas nóminas de bienes y aplicación del principio de trato nacional para otras nóminas de servicios, bajo el mismo criterio de reciprocidad que ampara las concesiones, también consagran nóminas todavía más extensas de gradualismos con techos, limitaciones iniciales y restricciones comerciales y económicas adaptadas a una gran variedad de materias.”¹⁸⁰

Los estudios han demostrado que el fenómeno “*spaghetti bowl*” “*impacta negativamente a las autoridades nacionales y a los operadores económicos, pues ambos incrementan sus costos operativos*”¹⁸¹. En especial se resaltan tres aspectos problemáticos, en primer lugar, el impacto de la superposición de normas de origen en los productores nacionales genera sobrecostos en la producción debido a que “*pueden aplicar la acumulación de origen solo de manera aislada en cada uno de los acuerdos. Esto implica que un insumo importado como originario al amparo de un ALC no puede ser considerado como originario en otro ALC. Ésta acumulación parcial de la acumulación restringe considerablemente el impacto que los ALC podían tener en su conjunto sobre el comercio de los países y puede dar lugar a desvíos comerciales*”¹⁸².

En segundo lugar, la multiplicidad de regímenes de origen puede incentivar a que algunos países realicen triangulaciones de mercancías para evadir las condiciones pactadas con los países de destino en virtud de un TLC, para lo cual pueden utilizar a un tercer país con el que también tienen TLC pero que consagra normas de origen menos estrictas, para que desde éste país, que a su vez tiene TLC con el país de destino, se realice el envío de las mercancías. Al respecto la doctrina sostiene que si bien este tipo de triangulaciones no están prohibidas, “*implican a veces una vulneración de las exigencias de origen de alguno de los dos acuerdos, convirtiendo en determinadas circunstancias a alguno de ellos en letra muerta*”¹⁸³.

En tercer lugar, la implementación diferenciada de cronogramas de desgravación arancelaria también incentiva las triangulaciones ilegales entre países ya que es posible

¹⁸⁰ HALPERÍN, Marcelo. (2011). *Óp. Cit.* p. 6

¹⁸¹ CORNEJO, Rafael y HARRIS, Jeremy. (2007) *Óp. Cit.* p. 5

¹⁸² *Ibíd.* p. 6

¹⁸³ *Ibíd.* p. 7

que se “*ingresen productos por el país que tiene mejor tratamiento arancelario. Este disímil tratamiento es transitorio hasta tanto finalice la desgravación*”¹⁸⁴, por lo que también afecta las dinámicas comerciales en tanto concluye el periodo de desgravación de los productos sensibles para Colombia.

Frente a esta problemática en particular es necesario preguntarse ¿Cuáles son las salidas que se formulan respecto al fenómeno del “*spaghetti bowl*”? Pues bien, algunos autores sostienen que es posible alcanzar “*procesos de convergencia*”¹⁸⁵ “*en un ámbito geográfico determinado, o entre ciertos acuerdos de similares características o entre cualquier grupo de países interesados en facilitar la operación de sus acuerdos*”¹⁸⁶. Por ello se ha recomendado que se deberían realizar negociaciones en las que se busque lograr la convergencia de las normas de origen mediante una negociación multilateral, ya que este aspecto constituiría el mínimo indispensable que permita interconectar efectivamente los acuerdos comerciales existentes, así como profundizar y maximizar sus beneficios, dado que si bien “*los acuerdos bilaterales han efectivizado la liberación arancelaria, la falta de un régimen de origen común los aísla*”¹⁸⁷.

Coincido con la doctrina consultada en que un proceso de convergencia en las normas de origen puede ser positivo para el comercio regional ya que facilitaría las tareas de las autoridades aduaneras, reducirían los costos de los productores y de los demás agentes vinculados al proceso productivo. A mi juicio, la iniciativa de convergencia de las normas de origen debería impulsarse por Colombia, dado que la doctrina ha sostenido que “*la existencia en América Latina en su conjunto, de un intrincado Spaghetti Bowl (SB) muestra un horizonte favorable para una negociación que busque algún tipo de convergencia. Inclusive, cabe recordarse que en el ALCA los documentos públicos de avances de las negociaciones de origen mostraban varios puntos de coincidencia*”¹⁸⁸.

Ante esta condiciones favorables para la convergencia, será posible asegurar en la medida de lo posible negociar procesos de integración económica más profundos entre

¹⁸⁴ *Ibíd.* p. 9

¹⁸⁵ Procesos de estandarización o búsqueda de coincidencias en las exigencias y requerimientos establecidos en un conjunto de acuerdos. *Ibíd.* p. 12

¹⁸⁶ *Ibíd.* p. 1.

¹⁸⁷ *Ídem.*

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 14

los países del hemisferio que permitan establecer mínimos normativos en términos de legislaciones de origen que permitan hacer frente a las consecuencias de la expansión del “Spaghetti bowl” del comercio, nacional, regional y mundial. De allí que las nuevas propuestas en términos de integración hemisférica deberán propender entonces por generar estos escenarios de convergencia normativa que permitirán que los países puedan realizar su implementación sin mayores traumatismos frente a las demás obligaciones asumidas en los TLC.

1.3.3 La irrupción del modelo neoliberal en la Constitución Política a través de los acuerdos comerciales

A continuación expondré algunas reflexiones sobre el impacto del TLC/Col-EEUU en el ordenamiento jurídico colombiano. La primera idea que quiero defender es que la estrategia de inserción de nuestro país en la economía globalizada mediante la suscripción de acuerdos de libre comercio asimétricos como el TLC/Col-EEUU constituye apenas una medida específica dentro de la implementación de un modelo económico neoliberal en Colombia, que en la etapa actual de su desarrollo, ha dado lugar a la proliferación de los acuerdos de libre comercio en el marco de la globalización, lo que a su vez ha originado un escenario de superposición e implementación sucesiva de diferentes regímenes comerciales y de tiempos de liberalización económica que más allá de facilitar el libre comercio lo han venido complejizando como se explicó en la sección anterior. Frente a esta problemática el Estado colombiano ha tendido que responder a las nuevas condiciones establecidas en los TLC a través de un proceso de redefinición de sus funciones frente a la economía con el fin de garantizar una inserción eficiente al mercado mundial¹⁸⁹. Las nuevas orientaciones del Estado frente a las dinámicas actuales del comercio internacional han influido profundamente en los procesos de creación del

¹⁸⁹ “El Estado colombiano ha venido acoplándose a las nuevas tendencias del mercado (...) Desde la década de los noventa los esfuerzos de los gobiernos han estado dirigidos a implementar medidas que incluyen la apertura comercial, la reducción del gasto público, la eliminación del control de cambios, la flexibilización del mercado, la adopción de tributación indirecta, la privatización de las empresas públicas, la descentralización política, administrativa y fiscal la política de reducción del régimen fiscal”. MEJIA, Oscar y GALINDO, Carolina. “La tercera Corte Constitucional: Tensiones y Desplazamientos: El giro de la Corte Constitucional de la jurisprudencia social a la neoliberal en la constitución de 1991”. En: ESTRADA, Jairo (ed.) “*Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina*”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Convenio Andrés Bello – Colciencias, 2005. p. 385

derecho económico y en la interpretación de las normas económicas constitucionales, es decir, la implementación del neoliberalismo a través de la política exterior del libre comercio ha dado un nuevo sentido al derecho económico constitucional en su conjunto.

De allí que la doctrina nacional también sostiene que asistimos a *“un proceso de transformación y evolución mediante la incorporación de modelos filosóficos y escuelas económicas en la Constitución, todo ello para articular la norma fundamental, con los cambios históricos que en materia económica se han dado y más aún con la imperiosa necesidad de encontrar una estructura económica que permita ajustar las necesidades del país al mundo de la internacionalización económica y la globalización en todos los sentidos”*¹⁹⁰.

La implantación del modelo económico neoliberal en Colombia por vía constitucional es notoria, pues a pesar de que la carta política *“establece directrices de un modelo económico justo en procura del bienestar general, en tanto que Estado posee instrumentos constitucionales de intervención económica y social en pro de la igualdad y el equilibrio general”*¹⁹¹, se trata apenas de un *“marco general de regulación económica, que no es para nada restrictivo, rígido o excluyente”*¹⁹² y que admite la adopción de diferentes modelos de política económica. Frente a este punto debemos recordar que fue la Corte Constitucional quien estableció la posibilidad de coexistencia de diferentes modelos económicos en la Carta Política cuando afirmó que *“la constitución no acoge un determinado sistema económico cuando consagra la libertad económica y de iniciativa privada o regula la propiedad (arts. 333 y 58, C.P.) Por el contrario, ordenamiento constitucional admite diversos modelos económicos”*¹⁹³. Valga la pena mencionar que los modelos pueden fundamentarse en distintas normas y principios constitucionales de carácter económico, los cuales influyen directa y disyuntivamente en la interpretación de la Carta Política.

¹⁹⁰ HERRERA TAPIAS, Beliña. *“El Estado Económico Constitucional de la Carta de 1991 frente al Derecho del Consumo”*. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 32. UNIJUS - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 2011. P. 254

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 253

¹⁹² *Ibíd.* p. 253

¹⁹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este fenómeno ya había sido abordado por la doctrina cuando se señaló que *“al hacer un estudio juicioso del contenido del contenido de la carta de 1991 y de los fallos de la Corte Constitucional es posible entrever que han coexistido varios modelos de Estado diferentes y hasta contradictorios: entre ellos se destacan el Estado social de Derecho y el modelo neoliberal”*¹⁹⁴. La problemática fundamental de esta coexistencia de modelos consiste en que el juez constitucional puede encontrarse ante posibles contradicciones ocasionadas por la aplicación en sus fallos de los principios que rigen tanto uno u otro modelo. Un estudio al respecto demuestra que los fallos Corte Constitucional *“se han caracterizado en un principio por dar prioridad a los principios del bloque social democrata y posteriormente, en un cambio de posición, a los principios del bloque económico neoliberal”*¹⁹⁵, lo anterior, debido a la influencia de éstos últimos principios en el entendimiento de los derechos fundamentales que ha provocado un giro en la posición de la Corte¹⁹⁶.

Con el fin de delimitar estos modelos, en lo que respecta a los principios que hacen parte del denominado *“Bloque económico”* y que fueron sistematizados a partir de las sentencias de la Corte Constitucional¹⁹⁷, puede afirmarse que los mismos están *“inspirados la mayor parte de ellos en el modelo neoliberal caracterizado por la apertura comercial y el libre mercado”*¹⁹⁸ y se originaron luego de que la Corte realizara un estudio sobre los artículos 345 y 354 en el que concluye que existe *“una serie de principios que gobiernan la actividad económica del país, y por lo tanto deben estar presentes dentro del sistema jurídico, (...) en el momento mismo de la creación de las normas que regulan el tema económico y con mayor razón deben ser aplicados por los jueces en sus decisiones”*¹⁹⁹.

¹⁹⁴ ESTRADA, Jairo (2005). *Óp. Cit.* p. 384

¹⁹⁵ *Ídem.*

¹⁹⁶ *“Este giro puede entenderse como un intento de la corte por seguir los lineamientos del Banco de la República y de otras entidades nacionales e internacionales debido al alto costo de los derechos fundamentales y los denominados DESC”.* *Ídem.*

¹⁹⁷ Dichos principios fueron sistematizaron con base en las siguientes Sentencias: T-418/1992, C-333/1999, C-419/1992, T-475/1992, C-010/1992, C-221/1992, T-731/1998, C-037/1996, C-741/1999, C-572/1997, C-685/1996, C-398/1995, C-133/1994, C-315/1997, C-053/1998, C-489/1994, C-023/1996 y C-337/1993.

¹⁹⁸ ESTRADA, Jairo (2005). *Óp. Cit.* p. 385

¹⁹⁹ *Ibíd.* Pp. 386.

Con base en lo anterior, podemos enunciar los siguientes principios que articulan el modelo neoliberal en la constitución política: libertad económica, libertad de empresa, economía, celeridad, eficiencia tributaria, no intervención, legalidad del gasto público, libre competencia, mínima interferencia del Estado, racionalización del gasto público, dirección general de la economía, equilibrio financiero y equilibrio presupuestal. Estos principios han sido desarrollados en virtud de la implementación de acuerdos de libre comercio, tanto bilaterales como multilaterales, en el ordenamiento jurídico colombiano, que desde el inicio de la apertura económica a principios de los noventa han venido transformando el papel del Estado en la dirección de la economía, y con ello la estructura productiva del país.

Ahora bien, en lo que respecta a los principios que gobiernan el modelo económico del Estado Social de Derecho, también podemos afirmar que han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano a partir de la interpretación que realiza la Corte Constitucional sobre las normas que regulan la intervención del Estado en la economía, las cuales conforman lo que actualmente denominamos como la Constitución Económica²⁰⁰. Es a partir de este desarrollo jurisprudencial que podemos afirmar “*que los postulados de la Economía Social de Mercado son consustanciales al modelo de Estado Social de Derecho*”²⁰¹ y encuentran un límite en el respeto de los derechos fundamentales, así como los valores y principios constitucionales.

Los presupuestos generales de la Economía Social de Mercado se resumen así:

1. La asignación de los recursos a través de una economía de mercado que asegure la propiedad privada sobre los medios de producción;
2. La libertad de empresa, en cuyo contenido encontramos la libertad contractual y la libre iniciativa privada;

²⁰⁰ “*La Constitución Económica puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: “(...) las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos (...)”.* COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencias C-265 de 1994, C-624 de 1998 y T-426 de 1992.

²⁰¹ MEYER, Heinrich y DÁVILA, Álvaro. (2004) *Óp. Cit.* p. 10.

3. La libre competencia económica, que se desarrolla en la posibilidad de los agentes de concurrir al mercado, ofrecer las condiciones y ventajas que consideren oportunas, y
4. La potestad del Estado de intervenir en la economía con el propósito de 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 para el desarrollo normal de una vida digna, así como “*intervenir en las relaciones de mercado para garantizar la función social de la empresa y los derechos constitucionales de todos los agentes del proceso económico*”²⁰².

Para concluir, resulta ostensible la tensión existente entre ambos modelos económicos coexistentes en la constitución política, pues mientras el modelo neoliberal limita la intervención del Estado a la simple corrección de los fallos de mercado que se puedan presentar en el intercambio, el modelo del Estado Social de Derecho promoverá la intervención estatal activa en aras de garantizar que en el intercambio se respeten el límite de los derechos fundamentales de los agentes más débiles. Sin embargo, lo que se aprecia la práctica de la implementación del TLC/Col-EEUU es la preponderancia del modelo neoliberal, pues las disciplinas consagradas en el acuerdo no solamente han derivado en una reducción del papel de Estado frente al comercio bilateral, sino que además omiten formular políticas que permitan a los actores más vulnerables realizar una equilibrada concurrencia a los mercados, pues este modelo supone que el mercado por sí mismo puede asegurar una distribución eficiente de los recursos entre los agentes sin necesidad de intervención del Estado.

²⁰² MEYER, Heinrich y DÁVILA, Álvaro. (2004) *Óp. Cit.* p. 15.

2. Aproximación al AED y su aplicación al TLC/Col-EEUU

El segundo capítulo de este trabajo corresponde al marco teórico de la investigación, y tiene como objetivo realizar un acercamiento al problema formulado en el capítulo anterior a partir de una perspectiva de análisis concreta que se desarrollará a lo largo del presente capítulo, a saber, el Análisis Económico del Derecho (AED). La adopción de este *marco de referencia del problema*²⁰³ permitirá comprender las implicaciones del TLC/Col-EEUU desde una perspectiva interdisciplinaria que logre efectivamente integrar el derecho y la economía para ofrecer un análisis sistemático del acuerdo.

El capítulo se desarrollará en tres etapas. En la primera de ellas se realiza un acercamiento conceptual al AED, en el que se presentan las obras más representativas que marcaron la evolución de esta corriente de pensamiento. En la segunda etapa realizaré una presentación sobre el debate filosófico presentado con ocasión de los postulados del AED y se explicarán las dos dimensiones en que se desarrolla: la positiva y la normativa. En la etapa final se llevará a cabo un ejercicio de aplicación de las herramientas metodológicas del AED al TLC/Col-EEUU con el fin de explicar los impactos de las asimetrías en la negociación e implementación del acuerdo.

²⁰³ “*El marco teórico es la sustentación teórica del estudio que se va a realizar y consiste en exponer y analizar las distintas teorías, las investigaciones y los antecedentes que se consideran adecuados a efectos de articular la investigación. De esta forma, el marco teórico integra la teoría con la investigación y, específicamente con el problema y por ello se ha definido como la teoría del problema o el marco de referencia del problema*”. En: MEJÍA QUINTANA, Oscar Eduardo y PATIÑO GONZALEZ, María Cristina. “*Manual para la elaboración de proyectos de investigación de maestrías y doctorados*”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2012. p. 10

2.1 Aproximación Conceptual al AED

La doctrina nacional ha entendido que el AED consiste en la “*aplicación de la teoría económica al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales*”²⁰⁴. También se ha definido como “*un método de evaluación de los casos particulares y de las instituciones jurídicas, siguiendo criterios económicos*”²⁰⁵ y de forma general como el “*estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica*”²⁰⁶, concepciones que a su vez son coincidentes con las que se pueden encontrar en el ámbito de la doctrina internacional latinoamericana²⁰⁷. Sin embargo, existen otras definiciones más actuales que reflejan nuevas tendencias de esta teoría, según las cuales el AED consiste en la “*aplicación de conceptos y supuestos de la teoría económica al comportamiento del individuo con el objetivo de incentivar o desincentivar conductas determinadas, en donde se logren objetivos trazados de la manera más eficiente posible*”²⁰⁸.

No obstante las anteriores definiciones, debe aclararse al lector que al hablar de AED se está haciendo referencia a una gran variedad de escuelas, tendencias y enfoques de análisis cuyos presupuestos teóricos y filosóficos no siempre son los mismos, por lo que las definiciones no generan consensos.

Actualmente es posible apreciar una mayor difusión y recepción de esta corriente de pensamiento en países que forman parte de la tradición del derecho anglosajón o “*common law*” como es el caso de Inglaterra y Estados Unidos, que en países de Europa, Asia o Latinoamérica²⁰⁹. Al respecto la doctrina consultada sostiene que “*a diferencia de*

²⁰⁴ BEJARANO, Jesús Antonio. “*El análisis económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos*”, En: Revista de Economía Institucional No. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 155.

²⁰⁵ TRUJILLO Cabrera, Juan. “*Análisis Económico del Derecho Colombiano*”. Bogotá: Corporación Universitaria Republicana., 2009. p.14.

²⁰⁶ RUBIO, Mauricio. “*Economía Jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2007. p. 21

²⁰⁷ En el ámbito internacional latinoamericana también se sostiene que “*El Análisis Económico del Derecho consiste en la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas*”. En: ROEMER, Andrés. “*Introducción al Análisis Económico del Derecho*”. México; Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 5 y 6

²⁰⁸ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 215

²⁰⁹ *Ibíd.* p. 214

lo que ha ocurrido en Norteamérica, y probablemente con mayor fuerza que en otros países de tradición civilista, parece claro que en las sociedades regidas por el derecho iberoamericano la penetración del AED tanto como herramienta positiva para la comprensión del derecho, o como elemento normativo para el diseño de las políticas, la doctrina legal, las discusiones legislativas o la jurisprudencia es bastante más precaria²¹⁰. Para el caso de nuestro país inclusive se ha llegado a afirmar que “el *Análisis Económico del Derecho -AED-* no ha tenido una recepción fuerte en la academia jurídica²¹¹, debido a las características propias de nuestro modelo de enseñanza del derecho que no se caracteriza por incluir fundamentación en economía en la formación de los juristas²¹², y a que nuestra concepción tradicional del Derecho se alimenta en teorías jurídicas adoptadas previamente que hasta cierto punto resultan antagónicas a esta metodología²¹³. Sobre este punto tendré la oportunidad de volver más adelante, cuando me refiera al debate desde la teoría y filosofía del derecho que ha suscitado el surgimiento y desarrollo del AED. A continuación se realizará una breve exposición sobre la evolución del concepto del AED teniendo en cuenta los aportes más relevantes de sus principales exponentes en cada una de las etapas de su desarrollo y la forma en se ha dado expansión de su campo de estudio, y se ha ido consolidando como una metodología que permite una comprensión más completa de fenómenos como el TLC/Col-EEUU.

2.1.1 Los Orígenes del AED

El surgimiento del AED se remonta a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago durante los años cincuenta²¹⁴, en donde la influencia intelectual de los profesores Aaron Director y Henry Simons en la cátedra de derecho de la competencia,

²¹⁰ RUBIO, Mauricio. (2007), *Óp. Cit.* p. 34

²¹¹ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 209

²¹² “el AED presupone el uso de herramientas económicas que dependen en buena medida de modelos matemáticos. Dichos modelos no son entendibles para personas que no hayan estudiado fundamentos de microeconomía y, por ello, pueden resultar antagónicos para distintos operadores jurídicos”. *Ibíd.* p. 211

²¹³ “Tal puede ser el caso, por ejemplo, de teorías ontológicas del derecho (como la de Ronald Dworkin) que han sido recibidas primero y han tenido mayor acogida que el AED en ciertos campos como el derecho constitucional”. *Ídem.*

²¹⁴ POSNER, Richard A., LANDES, William M. y KELMAN, Mark G. “*Análisis Económico del Derecho*”. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011. p. 17

jugó un papel determinante en la consolidación y posterior desarrollo del estudio del Derecho a partir de la economía²¹⁵. Sus inicios coinciden con un momento histórico en el que se cuestionaba el dogmatismo y la autonomía del derecho con respecto a las demás ciencias sociales, lo que propició el desarrollo de distintas corrientes de pensamiento que durante esta época intentaron establecer conexiones sólidas entre el derecho y otras ciencias como la antropología, la sociología y la economía²¹⁶. Como uno de los pioneros del AED, Aaron Director fundó la revista *The Journal of Law and Economics*, publicada por primera vez en 1958, la cual se convirtió posteriormente en uno de los foros académicos más importantes en el que participarían los investigadores más sobresalientes de este movimiento²¹⁷.

En sus inicios el campo de estudio del AED se limitaba a temas como la competencia económica en donde la referencia a los mercados, los monopolios y el comportamiento de los agentes era explícita. Sin embargo, se publicaron dos obras cumbres con las que se comienza a ampliarse este campo de estudio a otros fenómenos jurídicos: Ronald Coase con *“El problema del Costo social”* publicada en la revista *The Journal of Law and Economics* en el año 1960 y Guido Calabresi con *“Algunas reflexiones sobre la Distribución del Riesgo y la Responsabilidad Civil”* en 1961²¹⁸. Estas dos obras *“fueron los primeros intentos por aplicar sistemáticamente el análisis económico del Derecho a las áreas del Derecho que no pretendían regular relaciones económicas”*²¹⁹.

²¹⁵ *“La presencia de un economista como Director en la facultad de Derecho de Chicago y su influencia intelectual sobre otros profesores y, sobre todo, sobre sus pupilos, crearían el clima propicio para la aparición de un conjunto de juristas que se caracterizaría por aplicar al estudio de los problemas jurídicos un modelo económico neoclásico”*. *Ibíd.* p. 22

²¹⁶ Actualmente la doctrina nacional ha entendido que *“la utilización de las herramientas económicas aporta al derecho la información que de otra forma no hubiera podido utilizar. Esto, a su vez, implica que el derecho no es una disciplina autónoma sino que requiere, para poder evaluarse su funcionamiento, de otras ramas del saber”* NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. *“Antecedentes y Principios Fundamentales del análisis económico de la ley”*. En: *Colección de Derecho Económico II: Homenaje a Enrique Low Murtra*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 123

²¹⁷ *“Sobre la importancia intelectual de la revista basta con leer esta afirmación de Coase: “No creo que hubiera ido nunca a la Universidad de Chicago si no hubiera sido por la existencia del Journal of Law and Economics. Eso es lo que quería hacer. Quería ser parte de lo que Aaron había comenzado para toda la profesión”* POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 21

²¹⁸ *“En estricto sentido, la verdadera primera ola del análisis económico tiene su fundamento en los artículos del premio Nobel de Economía, Ronald Coase, y en las obras del gran académico y juez estadounidense, Guido Calabresi.”* *Ibíd.* p.19

²¹⁹ *Ibíd.* p. 84

En la primera de estas obras, *“El problema del Costo Social”*, se realiza la formulación del “Teorema de Coase”, cuya primera premisa fundamental consiste en que *“las externalidades²²⁰ o ineficiencias económicas se corrigen mediante la negociación de las partes afectadas²²¹”*. Según este Teorema *“ante la ausencia de costos de transacción²²² resultan irrelevantes las reglas de responsabilidad para una óptima asignación de los recursos en el sentido de la eficiencia social del Óptimo de Pareto²²³ ya que “la negociación en el mercado permitirá encontrar la solución más eficiente, o lo que es lo mismo, la que produzca mayores niveles de utilidad²²⁴”*. En otras palabras, *“el uso final de los bienes, si no hubiera costos de transacción, no dependería de la asignación inicial de los derechos de propiedad sino del uso de tales bienes que maximice la productividad de los mismos²²⁵”*. Por lo tanto, podemos afirmar que para Coase la negociación siempre será una mejor alternativa que la regulación para realizar una asignación eficiente de los derechos, y en este sentido se sostiene que *“siempre es posible modificar mediante transacciones de mercado la determinación legal inicial de los derechos. Y, por supuesto, si tales transacciones de mercado no tienen costo, siempre tendrá lugar la reasignación de los derechos si conduce a un incremento del valor de la producción²²⁶”*.

Ahora bien, la doctrina ha entendido que por lo general los costos de transacción están ligados en la mayoría de los casos *“a problemas de información: racionalidad limitada,*

²²⁰ *“Uno de los temas más estudiados en el AED son las externalidades, al tener una relación estrecha entre el carácter económico del problema y el ámbito jurídico de su solución. La externalidad se provoca cuando los agentes (productores o consumidores) causan efectos positivos o negativos, que generan perjuicios o beneficios a un tercero, o a toda la sociedad en su conjunto, y que no son tenidos en cuenta en su proceso de producción.”* AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.), 2012. *Óp. Cit.* p. 152

²²¹ SAMUELSON, PAUL. *“Economía”*. Madrid: McGraw-Hill, 1990, p. 1150. Citado en: TRUJILLO Cabrera, Juan, (2009) *Óp. Cit.* p. 26.

²²² *Los costos de transacción han sido entendidos tradicionalmente como los costos de comunicación y todos los que se presentan en una negociación.* Véase COOTER, Robert; y ULEN, Thomas. *“Derecho y Economía”*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997. p. 117. *“Un costo de transacción es cualquier costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un derecho con valor económico”*. POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 51

²²³ TRUJILLO Cabrera, Juan. (2009) *Óp. Cit.* p. 26

²²⁴ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 51

²²⁵ NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. (2000) *Óp. Cit.* p. 109

²²⁶ COASE, Ronald. *“El problema del costo social”*. En: Revista Estudios Públicos No. 45. Santiago (Chile): Centro de Estudios Públicos -CEP-, 1992. pp. 97 y 98.

*oportunismo o conocimiento valioso que no se quiere difundir. Si los costos de transacción fueran nulos, y se partiera de la racionalidad de los agentes, estos negociarían entre sí y aquel que le asignara una mayor utilidad al bien podría adquirirlo del otro*²²⁷. Podemos deducir entonces que para Coase el papel del Derecho consiste en corregir estos problemas de información o fallas que distorsionan los intercambios en el mercado.

A pesar de que esta primera parte del teorema de Coase guarde cierta coherencia teórica, para los economistas en general e inclusive para el mismo Coase es claro que la posibilidad de que se presente una negociación en el mercado sin costos de transacción es muy remota. En este sentido es claro que la función del derecho consistiría entonces en que *“si los costos de transacción van a impedir celebrar una negociación que produzca una redistribución eficiente de los derechos, entonces el sistema jurídico podría efectuar una asignación de derechos que condujera a la situación más eficiente*²²⁸. No obstante, si bien el derecho tiene ese potencial de brindar soluciones eficientes regulando las transacciones y reasignando los recursos, *“la regulación gubernamental directa no necesariamente presentará mejores resultados que la solución de mercado o a través de la empresa*²²⁹, inclusive muchas veces la solución jurisdiccional también puede ser ineficiente, por lo cual *“en la mayoría de los casos el derecho no debería decidir cuál es la mejor distribución de un determinado bien, sino permitir a las partes negociar entre ellas la asignación del bien (o derecho)*²³⁰. De modo que el papel del Derecho para Coase es facilitar los acuerdos entre las partes con el fin de disminuir los costos de transacción entre estas, pues la asignación directa de los recursos mediante la regulación puede que no siempre sea eficiente. El aporte más importante de la obra de Coase fue *“crear un marco para analizar la asignación de derechos de propiedad y la responsabilidad civil por daños desde el punto de vista económico*²³¹.

Ahora bien, en cuanto a la segunda de estas obras *“Algunas reflexiones sobre la Distribución del Riesgo y la Responsabilidad Civil”* de autoría del juez norteamericano Guido Calabresi y publicada en 1961, podemos afirmar que establece las bases del

²²⁷ ²²⁷ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 52

²²⁸ *Ibíd.* p. 53

²²⁹ COASE, Ronald. (1992). *Óp. Cit.* p. 101

²³⁰ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 54

²³¹ *Ibíd.* p. 84

análisis económico de la responsabilidad extracontractual a partir del pensamiento de Coase, es decir, *“aplica y desarrolla sistemáticamente la idea de Coase al derecho de la responsabilidad extracontractual”*²³².

En otras palabras, mientras la obra de Coase pretende explicar las interacciones reales entre las normas de responsabilidad y los agentes, la obra de Calabresi es crítica y si quiere propositiva, pues *“pretende demostrar argumentativamente cuál sería la mejor solución a un determinado problema real en función de una serie de consideraciones inspiradas por ciertos valores. Esos valores son la reducción de los costos sociales y la racionalidad del comportamiento esperable de los agentes económicos a partir de un conjunto de expectativas razonables”*²³³. Sin embargo estos planteamientos serían concretados en 1970 con la publicación de *“El Costo de los Accidentes”*, en donde la propuesta de Calabresi se enfoca en *“determinar cuál es el sistema de responsabilidad más adecuado que debe adoptar una solución para disminuir los costos primarios, secundarios y terciarios de los accidentes”*²³⁴, es decir, *“al igual que Bentham, Calabresi buscaba elaborar un sistema eficiente de derecho de accidentes a partir de principios fundamentales”*²³⁵ extraídos de las teorías económicas.

Actualmente ciertos sectores de la doctrina sostienen que *“gran parte de las propuestas de Calabresi han sido asumidas por la mayoría de los académicos y que versiones simplificadas del pensamiento de Calabresi inspiran ahora las instituciones financieras internacionales y la mentalidad de muchos funcionarios”*²³⁶. A partir de las obras de Ronald Coase y Guido Calabresi, el AED como *“nuevo campo del conocimiento presenta una prolífica expansión”*²³⁷, ofreciendo una nueva y particular forma de entender las relaciones entre el derecho y la economía, posibilitando además *“la consolidación de un nuevo campo metodológico de estudio interdisciplinario entre estas dos ciencias”*²³⁸.

²³² *Ibíd.* p. 27

²³³ *Ídem.*

²³⁴ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 223

²³⁵ POSNER, Richard A. (*et al.*), 2011. *Óp. Cit.* p. 131

²³⁶ *Ibíd.* 29

²³⁷ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* 213

²³⁸ *Ídem.*

2.1.2 La consolidación del AED como corriente de pensamiento

La publicación en 1973 de la primera edición de “*El Análisis Económico del Derecho*” de Richard Posner, marcaría un nuevo momento en la evolución de esta teoría, ya que constituye “*un intento por extender y difundir este tipo de análisis a todos los campos de la actividad humana y por popularizar entre académicos y estudiantes el estudio de esta metodología*”²³⁹. La importancia de esta obra ha sido tan significativa, que actualmente continúa siendo una referencia obligada para cualquier investigación sobre el AED.

Posner defiende que la eficiencia es un criterio explicativo y a la vez un mínimo moral del derecho, es decir, la eficiencia es un valor en el derecho²⁴⁰. En su obra logró una “*comprensión profunda de las premisas de la economía, y de su aplicación sistemática para intentar explicar a partir de la eficiencia el comportamiento humano y la incidencia en este de las normas jurídicas*”²⁴¹. Según Posner la eficiencia ha sido un criterio orientador imprescindible en la aplicación judicial de las normas o por lo menos es lo que se puede evidenciar en el caso del derecho anglosajón, en donde se “*ha permitido históricamente una correspondencia entre las expectativas sociales y las decisiones jurídicas*”²⁴².

Algunas de las contribuciones más importantes de la obra de Posner al AED pueden resumirse en las siguientes premisas: 1. Las personas que participan en el sistema jurídico actúan como maximizadores racionales de sus deseos²⁴³. 2. El ordenamiento jurídico es un sistema de incentivos a la conducta de los agentes del mercado, por lo tanto el AED debe enfocarse en cómo los individuos o las empresas involucradas en el sistema reaccionan a los incentivos que se incorporan a ese sistema²⁴⁴. 3. El sistema jurídico, sus doctrinas, procedimientos e instituciones han estado fuertemente influenciados por la necesidad de propender por la eficiencia económica²⁴⁵. 4. El estudio

²³⁹ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 33

²⁴⁰ *Ibíd.* p. 34

²⁴¹ *Ibíd.* p. 35

²⁴² *Ibíd.* p. 37

²⁴³ *Ibíd.* p. 89

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 90

²⁴⁵ “*Las reglas que asignan derechos de propiedad y determinan la responsabilidad legal, los procedimientos para resolver los conflictos jurídicos. Las limitaciones que se les imponen a los encargados de hacer cumplir la ley, los métodos para el cálculo de los daños y la decisión sobre el*

cuantitativo del ordenamiento jurídico es fructífero y los economistas han elevado de forma muy clara el nivel de la investigación cuantitativa sobre el sistema jurídico²⁴⁶

La segunda obra que marca un antecedente importante en la etapa de consolidación del AED es *“Crimen y Castigo: Un enfoque económico”* de Gary Becker en 1968. La contribución de esta obra fue *“proporcionar las bases para el análisis económico de las normas jurídicas penales y su repercusión en la prevención general y especial de las conductas indeseadas”*²⁴⁷. Al respecto, podemos señalar que esta obra de Becker se enmarca en un esfuerzo por explicar *“el comportamiento no relacionado con el mercado sin abandonar el supuesto de la racionalidad de las personas en esas esferas de la vida humana, es decir, sin abandonar la idea de que las personas se comportan como maximizadores de su utilidad también en campos no relacionados con el mercado”*²⁴⁸

Las obras de Posner y Becker son importantes porque con ellas el campo de estudio del AED se expande de forma significativa, abriendo paso a *“la aplicación de las teorías y métodos empíricos de la economía a las instituciones fundamentales del sistema jurídico, tales como la culpa, los contratos y la propiedad; la teoría y práctica de la pena; el procedimiento civil, penal y administrativo; la teoría de la legislación y de la producción normativa, el cumplimiento forzoso del derecho y la administración judicial”*²⁴⁹.

Al respecto vale la pena mencionar que los aportes de Gary Becker en este segundo momento sobre una variedad de relaciones de “no mercado” fueron fundamentales para acentuar esta expansión del AED, de manera concreta a través de sus aportes específicos al análisis económico de los delitos, la discriminación racial y las relaciones productivas en el hogar, frente a las cuales la doctrina sostiene que *“no es casualidad que algunas de las contribuciones más importantes del nuevo análisis económico del derecho las hayan hecho los discípulos de Becker: Ehrlich sobre prevención general,*

otorgamiento de medidas provisionales son todos ellos elementos importantes del sistema legal que se comprenden mejor si se piensan como intentos por promover una asignación eficiente de los recursos”. *Ibíd.* 91

²⁴⁶ *Ibíd.* p. 94

²⁴⁷ *Ibíd.* p. 30

²⁴⁸ *Ibíd.* p. 31

²⁴⁹ *Ibíd.* p. 83

*Landes sobre proceso penal y Kosemar sobre la valoración de los daños extracontractuales*²⁵⁰.

Los aportes de estos trabajos profundizarían la popularidad del movimiento en el ámbito del derecho anglosajón y con ello las críticas hacia sus postulados. De hecho, para la doctrina es claro *“la solidez intelectual de Calabresi, Becker y Posner llevan al análisis económico del derecho a su apogeo durante la década de los años setenta y primera mitad de los ochenta, pero a medida que crece la visibilidad de ésta corriente de pensamiento, también se expone crecientemente a las críticas”*²⁵¹. A continuación daremos un vistazo a este fenómeno.

2.1.3 La reacción crítica en respuesta al AED y sus nuevas tendencias

La reacción crítica generada en respuesta a la expansión del AED da inicio al tercer momento de su evolución, en el que esta teoría *“se transforma metodológica y políticamente con el fin de responder a esas críticas”*²⁵², abriendo paso a nuevas y más modernas tendencias del AED²⁵³ que *“se apartan en algunos aspectos no siempre accesorios de los presupuestos de la Escuela de Chicago”*²⁵⁴, y que han continuado su desarrollo hasta el presente.

Este giro conceptual se da en respuesta a dos críticas endilgadas al movimiento del AED. Según la primera de ellas, el AED adopta una concepción limitada de las normas según la cual son entendidas *“como precios y factores exógenos al sujeto, no interiorizadas en sus sistemas de preferencias”*²⁵⁵, visión que se pretende superar mediante la incorporación del modelo de las normas sociales al AED, lo que *“permitiría reconciliar*

²⁵⁰ *Ibíd.* p. 86

²⁵¹ *Ibíd.* p. 37

²⁵² *Ibíd.* p. 38

²⁵³ *“Metodológicamente, se incorporan modificaciones a los presupuestos del análisis económico del derecho basado en la economía clásica: se introducen supuestos de comportamiento no racional o se contemplan visiones más complejas de las normas, que van más allá de considerarlas como simples precios, y también se hace un esfuerzo para mejorar las bases teóricas del análisis económico del derecho. Es lo que podríamos llamar la tercera ola del análisis económico del derecho”. Ídem.*

²⁵⁴ *Ibíd.* p. 39

²⁵⁵ *Ibíd.* p. 40

*este tipo de análisis con la creencia y la verificación empírica de que las normas sociales condicionan en gran medida el comportamiento de los individuos y en parte contribuyen a fundamentar una racionalidad contingente y no abstracta como la que supone el modelo económico clásico*²⁵⁶. La doctrina hace referencia a autores como Robert Cooter, Lawrence Lessig, Richard McAdams, Cass Sunstein y Eric Posner, quienes han realizado aportes sobre cómo incorporar las normas sociales al AED²⁵⁷.

La segunda crítica recurrente al AED es que supone la racionalidad del comportamiento de los agentes económicos cuando en la práctica esta racionalidad puede estar limitada al momento de la toma de decisiones. Frente a este punto autores como Thomas Ulen han sostenido la necesidad de incorporar al AED visiones más complejas sobre la psicología del individuo que propicien un modelo basado “*en la racionalidad limitada de los sujetos, más acorde con el comportamiento observable en el mundo real, y que permitía también considerar como el contexto influye en la conformación de las preferencias individuales*”²⁵⁸. Esto se aparta radicalmente del postulado tradicional del AED según el cual los sujetos siempre actúan como maximizadores de sus beneficios y utilidades.

Como hemos podido apreciar, la evolución conceptual del AED ha venido aparejada de una expansión de su campo de estudio y de los fenómenos jurídicos a los cuales le es aplicable. A la par de esta prolífica expansión en el derecho anglosajón, se han endilgado una serie de críticas a sus bases teóricas, por lo cual el movimiento ha generado nuevas tendencias que permitan superarlas, sin embargo con ello se aleja en aspectos fundamentales de los presupuestos clásicos del AED, como se explicó anteriormente.

²⁵⁶ *Ibíd.* p. 41

²⁵⁷ *Ídem.*

²⁵⁸ *Ibíd.* p. 43

2.2 El debate filosófico frente a los postulados del AED y sus dimensiones positiva y normativa

El primer objetivo de este apartado es presentar el debate que han suscitado los postulados del AED desde la teoría y filosofía del Derecho. Sin embargo, previamente debo advertir que la revisión de todas las posturas críticas existentes frente a esta corriente de pensamiento es una tarea que por motivos de extensión no abordaré exhaustivamente. En su lugar, he optado por escoger la postura más radical de la crítica frente al AED, la endilgada al jurista y filósofo norteamericano Ronald Dworkin.

No obstante, antes de presentar las críticas con relación al AED debo realizar una reflexión preliminar sobre la *eficiencia* como criterio orientador de esta disciplina con el fin de precisar cuáles son los aspectos teóricos que generan mayor controversia. En este sentido, previamente se presentarán algunos de los criterios de eficiencia que son utilizados habitualmente en los ejercicios de aplicación del AED y en la literatura relacionada.

En la parte final del apartado se presentarán las dos dimensiones del AED a modo de introducción al subsección final del marco teórico que consiste en la aplicación de algunas de las metodologías del AED al TLC/Col-EEUU.

2.2.1 La eficiencia como criterio de valoración del Derecho

Si tenemos en cuenta que “*la eficiencia es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas*”²⁵⁹, y que el objetivo del AED es “*aplicar el razonamiento económico a la evaluación de casos particulares y de normas jurídicas*”²⁶⁰, es claro que la eficiencia se erige entonces como el principal criterio de valoración del derecho y de las decisiones de los individuos. No obstante, debe aclararse que no es el único criterio de valoración, pues “*el hecho de que los economistas y los juristas dedicados al análisis económico del derecho escojan la eficiencia como forma de*

²⁵⁹ *Ibíd.* p. 47

²⁶⁰ TRUJILLO Cabrera, Juan. (2009) *Óp. Cit.* p. 24

*valoración de los resultados de las conductas no significa que la realidad tenga que ser necesariamente eficiente o que la eficiencia siempre sea deseable*²⁶¹, ya que pueden existir otras consideraciones que determinen las asignaciones normativas y decisiones individuales como la equidad, la igualdad, la solidaridad, el altruismo, etc.

Ahora bien, de forma general se ha entendido a la eficiencia como aquella *“actividad que produce el nivel máximo posible de beneficio –maximiza el beneficio, en el lenguaje de los economistas- aunque también se puede definir coloquialmente como la actividad que se desarrolla con los menores costos o, en lenguaje económico, minimizando los costos*²⁶². También se ha definido como *“la combinación de los recursos disponibles que genera el mayor beneficio o utilidad posible, ante cualquier otro tipo de combinación*²⁶³. Sin embargo estas definiciones corrientes no orientan claramente sobre cuándo debe considerarse que una determinada norma es eficiente económicamente. Para ello se han formulado otras nociones de eficiencia que pasan a explicarse a continuación:

a) *Óptimo o Superior de Pareto*: Según este criterio, nos encontramos ante una situación eficiente cuando *“no se puede hacer una asignación de recursos que no cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona. Por lo tanto, una asignación eficiente sería aquella en la que al menos una persona ve mejorada su posición y ninguna persona la ve empeorada*²⁶⁴. Es decir que una situación alcanza el superior de Pareto cuando *“es posible mejorar la situación de un agente manteniendo al menos constante la situación de los demás individuos*²⁶⁵. Sin embargo, la crítica principal frente a este criterio de eficiencia radica en que su verificación empírica no es posible en la mayoría de los casos, dado que se parte de la base de que la unanimidad de las partes afectadas durante una transacción no afecta a terceras personas, sin embargo *“en la práctica los acuerdos entre dos personas pueden afectar a una tercera en forma desfavorable, de manera que sería prácticamente imposible hacer alguna transacción,*

²⁶¹ POSNER, Richard A. (*et al.*), 2011. *Óp. Cit.* p. 47

²⁶² *Ibíd.* p. 48

²⁶³ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 226

²⁶⁴ POSNER, Richard A. (*et al.*), 2011. *Óp. Cit.* p. 49

²⁶⁵ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 227

*ante los múltiples e insospechados efectos que pueden reproducirse respecto de terceros actualmente existentes o por nacer*²⁶⁶.

b) *Criterio de Kaldor-Hicks*: También llamado “*criterio de superioridad potencial de Pareto*”²⁶⁷, trata de superar las críticas del Óptimo de Pareto sosteniendo que una transacción es eficiente “*si con ella alguna persona resulta beneficiada y el beneficio que ésta recibe es suficiente para compensar los daños que sufra un tercero*”²⁶⁸, y en este sentido, debo precisar que “*no se requiere que el tercero sea efectivamente compensado sino que dicha compensación sea posible*”²⁶⁹, es decir, debe poder compensarse potencialmente el perjuicio y aun así mantener una utilidad con la transacción. Para valorar la eficiencia según este criterio lo relevante es que “*las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado, es decir, que las ganancias de unos compensen las de otros*”²⁷⁰.

Debe aclararse que el criterio de Kaldor-Hicks no especifica cómo debe llevarse a cabo la compensación de estas pérdidas, es decir, cómo debe abordarse el problema redistributivo una vez ocurran los daños y exista con qué resarcirlos, simplemente se limita a evaluar la eficiencia de la transacción en términos de utilidades y costos.

c) *Criterio de Pareto-Wicksell*: Este criterio guarda cierta similitud con el anterior en que “*se comparan las pérdidas y ganancias de los agentes implicados en la implementación de una medida, adoptando como eficiente aquella en donde los beneficios sean superiores a los costos*”²⁷¹, sin embargo existe una diferencia fundamental, la compensación debe ser efectiva y no potencial.

d) *Maximización de la riqueza*: Este criterio formulado por Posner es una reconstrucción o aplicación simplificada del criterio Kaldor-Hicks, y tiene dos dimensiones una pecuniaria y otra no pecuniaria. En su dimensión pecuniaria, el criterio busca determinar “*qué asignación de recursos conduciría a que estos se entregaran a quien más los valora, valoración que se expresa en la utilización del mecanismo del precio, es decir la*

²⁶⁶ NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. (2000) *Óp. Cit.* p. 115

²⁶⁷ *Ibíd.* p. 114

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 115

²⁶⁹ *Ídem.*

²⁷⁰ POSNER, Richard A. (*et al.*), 2011. *Óp. Cit.* p. 49

²⁷¹ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 227

*capacidad y voluntad de pagar el precio respectivo*²⁷². En este sentido, se intentan “monetizar las preferencias de los individuos de tal forma que sea posible comparar dos o más situaciones y definir, de manera objetiva cuál es la que maximiza la riqueza de la sociedad”²⁷³. A su vez, la riqueza de la sociedad es entendida como “la sumatoria de las satisfacciones de aquellas preferencias que son registradas por el mercado, es decir, de aquellas que pueden utilizar el mecanismo de precios”²⁷⁴. Es decir que será eficiente la transacción que garantice que los recursos se asignen a quien más los valore en términos de precio.

En cuanto a su dimensión no pecuniaria, Posner sostiene que la maximización de la riqueza es “la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o que no se comercien en tales mercados (bienes y servicios “no económicos”, como la vida, la recreación, la familia, la libertad, etc.)”²⁷⁵. Considera que la maximización de la riqueza es un criterio moral que debía adoptarse por parte de los jueces, “dado que el derecho es incapaz de definir criterios de justicia unívocos y empíricamente comprobables, por lo que ha tenido que acudir a otras disciplinas para complementar sus criterios de valoración”²⁷⁶. Por supuesto que la adopción de la maximización de la riqueza como criterio ético-jurídico provocó reacciones dentro del campo de la teoría y filosofía del derecho, como se verá a continuación.

2.2.2 Las orillas del debate filosófico en torno a los postulados del AED

Como se venía señalando con anterioridad, los postulados del AED recibieron muchas críticas por parte de la doctrina. Podemos afirmar que las más contundentes fueron recibidas por parte de Ronald Dworkin, quien pretende rechazar frontalmente los fundamentos teóricos de la maximización de la riqueza en su obra “¿Es la riqueza un

²⁷² NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. (2000) *Óp. Cit.* p. 120

²⁷³ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 227

²⁷⁴ NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. (2000) *Óp. Cit.* p. 119

²⁷⁵ POSNER, Richard. “*Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica*”. Disponible en la Sección de Textos Selectos de Economía y sociedad de la Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y jurídicas. Consultado el 20 de marzo de 2013. En <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf> *Ibid.* Pp.1

²⁷⁶ *Ídem.*

valor? publicada en la revista *“The Journal of Legal Studies”* en 1980²⁷⁷, en respuesta a *“El Análisis Económico del Derecho”* de Richard Posner. Dworkin sostiene que *“existen muchas dificultades de orden conceptual en esta idea de maximización de la riqueza individual y social”*²⁷⁸. Una de ellas consiste en que para la mayoría de las personas existe diferencia entre la suma que estaría dispuesto a pagar por algo que no posee y la suma que tomaría a cambio de ello si ya lo poseyera. Dworkin afirma que si las personas se encuentran recurrentemente en esta misma posición la maximización de la riqueza social sería inherentemente inestable, dado que la riqueza social se mejoraría por una transferencia de propiedad de A a B y nuevamente con una transferencia de B a A y así sucesivamente, de modo que la maximización de la riqueza sería un estándar cíclico, lo que resulta a su juicio una característica poco conveniente para un estándar de mejora social²⁷⁹.

Este autor se refiere a los casos en que alguien pida por lo que posee más de lo que pagaría por adquirirlo, aspecto que resulta problemático para Dworkin si se convierte en una conducta generalizada, pues *“la distribución final que alcanza una cierta maximización de la riqueza será diferente, aún dada la misma distribución inicial, dependiendo del orden en que las transferencias intermedias han sido efectuadas”*²⁸⁰. Dworkin no considera que este sea un vicio tan serio como la ciclicidad enunciada anteriormente, no obstante si introduce un elemento de arbitrariedad e indeterminación en la teoría que hace inviable cualquier esquema de transferencias diseñado para promover la maximización de la riqueza social.

Otra crítica importante radica en el hecho de que un individuo esté dispuesto a pagar por un bien o derecho más de lo que otro individuo está dispuesto a cobrar por transferirlo en función de su utilidad, el primero no está buscando maximizar su riqueza sino su utilidad. Debe aclararse entonces que para Dworkin maximización de riqueza no es maximización de utilidad pues son conceptualmente distintas, lo que es claro inclusive para los

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *“¿Es la riqueza un valor?”*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo No. 1, abril, 1996. pp. 13-44. Disponible en internet consultado 4 de junio de 2015 en el siguiente enlace: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica03.pdf

²⁷⁸ *Ibíd.* p. 13

²⁷⁹ *Ibíd.* p. 14

²⁸⁰ *Ídem.*

defensores del AED²⁸¹, y en este sentido *“una vez que la riqueza social ha sido divorciada de la utilidad pierde, al menos, toda admisibilidad como componente de valor”*²⁸². Dworkin también afirma que la ganancia en riqueza puede ser superada por pérdidas en utilidad o justicia, por lo que *“una ganancia en riqueza social considerada sólo en sí misma y separadamente de sus costos u otras buenas o malas consecuencias, no es ganancia alguna”*²⁸³.

Por otra parte, si bien las críticas anteriores cuestionan la coherencia interna de los postulados del AED, la pregunta que Dworkin plantea como el fondo filosófico de la discusión es ¿Por qué la maximización de la riqueza es una meta valiosa en sí mismo? Si el AED propone que los tribunales fallen procurando aumentar la riqueza social, es porque un cambio en la sociedad que aumente la riqueza implica *per se* una mejora de valor. Sin embargo para Dworkin esto no esta relación no es tan clara, ya que resulta cuestionable el hecho de que una sociedad con mayor riqueza, sea por esta razón mejor o más rica que otra, la riqueza social en sí misma considerada no es un componente de valor²⁸⁴. Puede existir una sociedad que maximice su riqueza social en las operaciones del mercado pero esto no implica que esa riqueza social sea distribuida efectivamente entre los asociados, la riqueza puede concentrarse y acumularse por un sector reducido de la sociedad y los niveles de pobreza pueden ser significativos.

Frente a este punto que la doctrina ha entendido que las críticas de Dworkin frente al AED no ponen en duda *“la virtualidad científica o técnica de hacer análisis económico del Derecho. No niega, por tanto, la <<legitimidad>> académica de este tipo de análisis ni su utilidad jurídico política”*²⁸⁵, pues las críticas no se dirigen a atacar a los economistas ni a la economía como ciencia o como método. A lo que realmente se encaminan estas críticas es poner de presente el debate sobre de las implicaciones filosófico-jurídicas de adoptar la eficiencia como el único criterio para explicar, definir o aplicar el Derecho, es

²⁸¹ *Ibíd.* p. 21

²⁸² *Ídem.*

²⁸³ *Ibíd.* p. 22

²⁸⁴ *Ibíd.* p. 19

²⁸⁵ HIERRO, Liborio L. *“La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”* En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 15-16, vol. II, 1994. p. 946. Disponible en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-pobreza-como-injusticia-dworkin-v-calabresi-0/>

decir a defender el Derecho y a los juristas de una *“teoría completa y pretenciosa, según la cual maximizar la riqueza (aumentar el tamaño del pastel) es el criterio de la eficiencia, la eficiencia es el criterio de la economía y la economía –parece pretender- es el criterio del Derecho”*²⁸⁶.

Es por eso que una idea que Dworkin rechaza del AED es que la equidad (como justicia) y la eficiencia (como maximización de riqueza) puedan ser intercambiadas entre sí, de manera que sea posible sacrificar algo de una para obtener algo más de la otra²⁸⁷. Guido Calabresi plantea esta cuestión en *“The Costs of Accidents”* cuando afirma que los dos fines del derecho de daños americano son la justicia y la reducción de costos, pero que sin embargo estos fines pueden estar en conflicto por lo que se hace necesario realizar una elección política sobre cuál es el que debería perseguirse²⁸⁸. Dworkin rechaza frontalmente esta posibilidad de intercambios entre la riqueza y la justicia pues no puede haber transacción alguna entre medios y fines, e inclusive expone que precisamente, una de las críticas al interior de AED de Calabresi a Posner consiste en que *“aun asumiendo un intercambio entre maximización de la riqueza (eficiencia) y su distribución (equidad), no es un modelo normativo exhaustivo porque junto al binomio eficiencia-equidad existen otros valores de carácter superior”*²⁸⁹.

Por otra parte, entiendo que Dworkin no niega que la maximización de la riqueza social pueda llegar a ser un fin que la sociedad puede buscar legítimamente, sin embargo para llevarlo a cabo no puede evadirse del problema distributivo, pues afirma que *“Una sociedad que se embarca en la maximización de la riqueza social requerirá de alguna atribución de derechos a la propiedad, el trabajo y así sucesivamente (...) debe determinarse qué derechos tiene la gente (...) para gastar, y de este modo, donde resulta incrementada la riqueza”*²⁹⁰. Frente a este punto afirma que las posturas instrumentales a favor de la maximización de la riqueza *“serían admisibles si están unidas a una teoría paradigmática de la justicia (...) no pueden ser por tanto descartadas las posturas instrumentales de Posner. Más resultan todavía –ciertamente en el actual estado de*

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 947

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. (1996) *Óp. Cit.* p. 22

²⁸⁸ *Ídem.*

²⁸⁹ HIERRO, Liborio L. (1994) *Óp. Cit.* p. 949

²⁹⁰ *Ibíd.* p. 27

*cosas- posturas casi sin fundamentación*²⁹¹. El mismo Calabresi estaría de acuerdo en que “*es difícil ver como un incremento en la riqueza constituye una mejora en una sociedad a menos que promueva algún otro objetivo, como la utilidad o la igualdad*”²⁹².

Sin embargo, en respuesta a estas críticas Posner sostiene que “*la maximización de la riqueza es compatible con una variedad de posiciones morales, como la justicia correctiva aristotélica, la deontología kantiana, el utilitarismo o el utilitarismo kantiano*”²⁹³, y realiza una defensa pragmática de la teoría, afirma que su aplicación en el derecho es “*analíticamente fructífera y que tiene una gran aplicación no irrestricta, al derecho y a la política pública en general*”²⁹⁴.

Para concluir se puede indicar que para Dworkin la riqueza no es un valor pero es un ingrediente necesario pero no suficiente de la receta de la justicia como igualdad, que si bien no sirve automáticamente para causar otras mejoras o alcanzar otros valores, provee el material para que se realicen porque la riqueza puede ser dirigida a reducir la pobreza²⁹⁵. Sobre este punto la doctrina sostiene que “*una Teoría de los derechos (como teoría de la Justicia) tiene que incluir las consideraciones de eficiencia*”²⁹⁶, no considera que pueda desligarse totalmente este criterio.

2.2.3 Las dimensiones positiva y normativa del AED

Una vez presentado el debate filosófico en torno a los postulados del AED, en este punto de la investigación es necesario realizar una distinción fundamental dentro de esta metodología que adquiere gran relevancia de carácter metodológico y justifica la aplicación de las teorías del AED al TLC/Col-EEUU. Se trata de la diferenciación entre las dimensiones positiva y normativa del AED.

²⁹¹ *Ibíd.* p. 39

²⁹² CALABRESI, Guido. “*Carta a Ronald Dworkin*”, 1980. Citado en HIERRO, Liborio L. (1994) *Óp. Cit.* p. 954

²⁹³ POSNER, Richard A. (*et al.*), 2011. *Óp. Cit.* p. 58

²⁹⁴ *Ídem.*

²⁹⁵ HIERRO, Liborio L. (1994) *Óp. Cit.* p. 965

²⁹⁶ *Ibíd.* p. 967

En lo que respecta a la dimensión positiva del AED, en su momento Posner de forma conservadora que “*el papel positivo del análisis económico del derecho es intentar explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores*”²⁹⁷. También afirmó que “*el análisis económico positivo del derecho pretende explicar las interacciones reales entre sujetos y normas*”²⁹⁸ así como “*el funcionamiento real de las instituciones y explicar cómo en muchos casos estas responden a la lógica de la eficiencia*”²⁹⁹. Ahora bien, debe aclararse que en la obra de Posner no se diferencian de forma explícita las dimensiones positiva y normativa del AED. En su lugar, Posner utiliza la categoría *teoría económica del derecho* para referirse a aquella teoría que “*trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante el uso de la economía*”³⁰⁰, y la expresión *teoría de la eficiencia del derecho* para referirse a aquella que “*postula una meta económica específica para un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales*”³⁰¹.

No obstante la doctrina nacional ha definido la dimensión positiva del AED como aquella que “*se orienta a determinar qué es el derecho o a predecir qué será*”³⁰², o también la forma en que se desempeña el sistema jurídico en su labor de fomentar la eficiencia económica³⁰³. Otros autores en la doctrina internacional han entendido que el objetivo de la dimensión positiva del AED es “*brindar una serie de hipótesis que simplifiquen la realidad, de tal suerte que sirvan de modelos a partir de los cuales examinar el comportamiento de los individuos frente a cambios en las condiciones del fenómeno de estudio*”³⁰⁴.

Por ejemplo Pedro Mercado afirma que la dimensión positiva del AED pretende predecir el comportamiento de los agentes frente a la implementación de las normas a partir de preguntas como “*¿Cuáles son los efectos de una norma?, ¿Qué costes acarrea la consecución del objetivo perseguido por la norma?, ¿Qué efectos produce en el mercado*

²⁹⁷ POSNER, Richard A. “*El Análisis Económico del Derecho*”. 2° Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 57

²⁹⁸ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 27

²⁹⁹ *Ibíd.* p. 30

³⁰⁰ POSNER, Richard A. (2007) *Óp. Cit.* p. 59

³⁰¹ *Ibíd.* p. 60

³⁰² AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.), 2012. *Óp. Cit.* p. 223

³⁰³ “*El análisis de Posner respecto de la negligencia evidencia cómo ha sido el comportamiento del sistema consuetudinario en su labor de fomentar la eficiencia económica*” *Ídem.*

³⁰⁴ *Ibíd.* p. 224

o en la situación económica de los destinatarios afectados?, ¿Se han conseguido los efectos requeridos por la norma?”³⁰⁵.

Por otra parte, en cuanto a la dimensión normativa del AED podemos señalar que “pretende demostrar argumentativamente cuál sería la mejor solución a un determinado problema real en función de una serie de consideraciones inspiradas por ciertos valores”³⁰⁶, o en otras palabras, “encontrar sistemas óptimos según fines determinados ex ante”³⁰⁷. Otras definiciones en el ámbito nacional sostienen que “el análisis normativo se orienta a estudiar el deber ser de las cosas; esto, dentro del marco del AED, hace que los estudios se enfoquen en determinar cuál sería la estructura legal deseable a partir de un contexto dado.”³⁰⁸.

El enfoque normativo se aleja de la concepción conductual del enfoque positivo para orientarse hacia el espacio de la producción normativa, constituyéndose así como una “herramienta de análisis de política cuya función es contribuir a reformar el sistema legal desde consideraciones económicas”³⁰⁹. Debe resaltarse que autores como Posner ya habían señalado la utilidad del análisis económico para diseñar reformas al sistema jurídico.³¹⁰

Algunos autores sostienen que el enfoque normativo del AED goza de mayor popularidad que el positivo debido a que se comprende de manera más fácil³¹¹, toda vez que “la elaboración de un derecho y de una forma de razonamiento jurídico idealizadas y basadas en la economía permite su comprensión por los no abogados”³¹², mientras que el análisis positivo recurre muchas veces “a un lenguaje económico muy formalizado, ajeno a la mayoría de los juristas, es de más difícil comprensión, y la prudencia presente en muchas de las obras académicas, que prefiere evitar las generalizaciones, tiene un menor atractivo político para los estudiosos”³¹³. La virtud de esta dimensión consiste en “reducir el uso de la teoría económica y de los modelos formales económicos a un

³⁰⁵ *Ídem*.

³⁰⁶ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 27

³⁰⁷ NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. (2000) *Óp. Cit.* p. 105

³⁰⁸ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.), 2012. *Óp. Cit.* p. 223

³⁰⁹ *Ibíd.* p. 224

³¹⁰ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 92

³¹¹ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 28

³¹² *Ídem*.

³¹³ *Ídem*.

*mínimo, además de poder prescindir a veces de las enrevesadas teorías jurisprudenciales sobre el derecho en la medida en que se está haciendo una propuesta de deber ser*³¹⁴. Sobre este punto Posner sostiene que la preferencia por el enfoque normativo sobre el positivo es una característica generalizada en el AED, sin embargo ha sido perjudicial para el mismo movimiento pues ha ocasionado que “*nuestro conocimiento sobre el sistema jurídico sea pobre, incompleto y asistemático, lo cual, irónicamente, es una situación que hace muy difícil proponer reformas sensatas del sistema*”³¹⁵.

2.3 Casos De Aplicación Del AED Al TLC/COL-EEUU

El objetivo del último apartado del marco teórico es presentar algunos ejercicios de aplicación de las herramientas metodológicas del AED al TLC/Col-EEUU, es decir, lograr articular exitosamente el marco teórico para intentar explicar el problema de investigación formulado en el capítulo anterior. Para conseguir este objetivo, se aplicará la teoría de juegos y la teoría económica de los contratos al TLC/Col-EEUU con el fin de realizar un análisis económico positivo del acuerdo, y así identificar la forma en que las asimetrías afectaron significativamente el proceso de negociación del mismo, para comprobar sus efectos en la implementación, lo cual se realizará en el último capítulo.

La aplicación del AED a los acuerdos comerciales es relativamente reciente en la academia jurídica colombiana, y se ha justificado en el hecho de que “*fenómenos jurídicos con un trasfondo económico, como los tratados de libre comercio, no pueden entenderse adecuadamente si no se entienden las ideas reguladoras que llevan a sugerir ciertas normas jurídicas y no otras*”³¹⁶. En este mismo sentido Posner ha señalado que “*en varios campos importantes se reconoce ampliamente que la comprensión de los estudiantes es incompleta si no asimilan los conceptos económicos relevantes. Esos campos son el derecho de la competencia, las industrias reguladas, la protección del*

³¹⁴ *Ídem.*

³¹⁵ *Ibíd.* p. 99

³¹⁶ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 211

*consumidor y del medio ambiente, las finanzas empresariales y la regulación del comercio internacional*³¹⁷.

Para el caso de los acuerdos comerciales, algunos autores han señalado que *“todavía no se han realizado estudios de gran difusión, y provenientes del AED, orientados a evaluar la conveniencia de las normas propuestas a la luz de su eficiencia, ni a sugerir normas mejores que resulten en relaciones más eficientes y equitativas de las partes”*³¹⁸. Es por eso se justifica realizar esta clase de investigaciones sobre el acuerdo, pues resultan fundamentales *“para determinar aspectos cruciales como su adecuación a los mandatos constitucionales sobre derechos sociales, y para determinar si los costos y beneficios que dicho tratado generaría están distribuidos de manera eficiente”*³¹⁹.

Esta sección del trabajo está orientada a mostrar, en el caso particular del TLC/Col-EEUU, cómo las herramientas del AED permiten ofrecer *“un enfoque diferente en el estudio de las relaciones internacionales, el proceso de las negociaciones comerciales, importantes temas que tienen relación directa con el desempeño de la actividad económica y el bienestar entre los Estados, pues bajo sus premisas se encuentra implícitamente la satisfacción de necesidades de forma óptima y eficiente para cada uno de los participantes”*³²⁰.

2.3.1 TLC/Col-EEUU y la Teoría de Juegos

Desde la década de los ochenta se ha aceptado que la teoría de juegos constituye una herramienta fundamental del análisis económico que permite predecir la conducta de los agentes ante distintas alternativas de comportamiento estratégico. La doctrina económica especializada ha definido esta teoría como *“el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que él (o ella) espera que los otros hagan”*³²¹. A partir de esta definición se ha precisado que las distintas situaciones estratégicas pueden dividirse en dos grandes grupos: los juegos

³¹⁷ POSNER, Richard A. (et al.), 2011. *Óp. Cit.* p. 117

³¹⁸ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.), 2012. *Óp. Cit.* p. 250

³¹⁹ *Ibíd.* p. 251

³²⁰ *Ibíd.* p. 174

³²¹ MONSALVE, Sergio. *“John Nash y la teoría de juegos”*. En: Revista Lecturas Matemáticas Vol. 24. Bogotá: Sociedad Colombiana de Matemáticas, 2003. p. 138

cooperativos y los no cooperativos, y que *“la clave para distinguirlos reside en la posibilidad de que los jugadores puedan firmar acuerdos vinculantes en relación con las acciones que se van a jugar”*³²².

Ambos tipos de juego parten de un *“conjunto de jugadores, cada uno con estrategias a su disposición, y unas asignaciones de pagos que reciben por llevar a cabo tales estrategias”*³²³. Para el caso de los *juegos no cooperativos*, el criterio diferenciador consiste en que *“los individuos toman sus decisiones independientemente unos de otros, aunque conociendo sus oponentes y las posibles estrategias que estos tienen a su disposición. Es decir, son individuos egoístas pero que tratan de predecir lo que los otros agente harán para obrar entonces en conveniencia propia”*³²⁴. En otras palabras, en este tipo de juego los participantes no alcanzan ningún nivel de cooperación.

El caso paradigmático de un juego no cooperativo es *el dilema del prisionero*. Este juego consiste en que dos sujetos detenidos por cometer cierto delito, son separados en celdas diferentes, e interrogados de manera individual. Ambos tienen dos alternativas: cooperar uno con el otro (guardar silencio) o no cooperar (confesar el delito). Si ninguno confiesa irán ambos a prisión por dos años, pero si uno de los dos confiesa y el otro no, entonces al que confiesa lo dejarán libre y al que no confiesa lo condenarán a 10 años. Si ambos confiesan, entonces ambos irán a prisión por 6 años.

En estas condiciones de juego, es fácil establecer que la solución más favorable es en la que ambos individuos cooperan y obtienen el menor castigo posible, *“sin embargo la estructura no cooperativa del problema hace que este arreglo no sea creíble: si se pactara la no-confesión por parte de los dos, ambos tendrían incentivos particulares para romperlo, pues dejando al otro en cumplimiento del pacto de no confesar, y este confiesa, el que rompe el pacto obtiene la libertad mientras al otro lo condenarán a 10 años”*³²⁵. Para observar este fenómeno de manera más clara, a continuación se presenta

³²² MORALES, Antonio J. *“Economía y juegos”*. En: AGUIAR, Fernando; BARRAGAN, Julia y LARA, Nelson (Coord.). *“Economía, sociedad y teoría de juegos”*. Madrid: Mc Graw Hill. 2008. p. 3

³²³ MONSALVE, Sergio, (2003) *Óp. Cit.* p. 138

³²⁴ *Ibíd.* p. 139

³²⁵ *Ibíd.* p. 140

una matriz con las posibilidades de cada jugador en el Cuadro 2-1, indicando las posibles combinaciones entre escoger las opciones de cooperar (C) y no cooperar (NC):

DILEMA DEL PRISIONERO

		Prisionero 1	
		Opciones	C
Prisionero 2	C	(-2, -2)	(-10, 0)
	NC	(0, -10)	(-6, -6)

Fuente: MONSALVE, Sergio, (2003) *Óp. Cit.* p. 139

Cuadro 2-1 Alternativas de jugadores en el Dilema del Prisionero

El cuadro anterior comprueba que si ambos prisioneros optan por cooperar (C, C), es decir, no confesar, socialmente habrá una solución óptima pues ninguno obtendrá la libertad a costa de delatar al otro y someterlo a 10 años de prisión, y por otra parte la condena recibida sería la menor posible en comparación con los demás escenarios (2, 2). El escenario cooperativo es cuantitativamente el escenario de menor restricción de la libertad, e inclusive parece adecuado en términos de equidad. Sin embargo en este juego se desincentiva la decisión de cooperar, es decir, de no confesar el delito, exponiendo a quien la toma a que el otro rompa unilateralmente el pacto y lo deje por tanto peor de los escenarios (C, NC o NC, C), de manera que la voluntad de cooperar puede significar un castigo de 10 años de prisión y correlativamente la voluntad de no cooperar puede significar en el mejor de los casos la libertad (0,-10 o -10, 0). Por lo tanto, se concluye que la configuración del juego incentiva a los jugadores a no cooperar con los otros y expone al riesgo mayor al que tome la decisión de hacerlo, y en este sentido, se concluye que *“la predicción de lo que ocurrirá en el juego es que ambos confesarán y permanecerán en la cárcel 6 años”*³²⁶ es decir la solución no cooperativa NC, NC (-6, -6). Según la doctrina, la aplicación del dilema del prisionero a situaciones de la vida diaria similares a esta, ha permitido comprobar que *“la competencia egoísta puede conducir a estados que son inferiores (en términos de beneficio personal y social) a los estados cooperativos, pero que estos últimos no podrían implementarse a menos que existan reforzamientos externos (...) que obliguen a las partes a cumplir con el acuerdo de cooperación”*³²⁷.

³²⁶ *Ídem.*

³²⁷ *“Esta es la idea esencial de Nash al definir el concepto de equilibrio de Nash en su tesis doctoral en Matemáticas en la Universidad de Princeton (Non-cooperative Games (1950)): un*

Ahora bien, en cuanto a los *juegos cooperativos*, se definen como aquellos en que los jugadores pueden formar coaliciones para obtener beneficios mutuos. Se ha entendido por parte de los economistas que *“en una estructura cooperativa tenemos el mismo conjunto de jugadores egoístas, solo que ahora tienen información sobre cierta valoración a priori de las coaliciones. Es decir, se reconoce cuáles coaliciones son las más “valiosas” y cuáles las “menos valiosas”*³²⁸. La teoría de juegos permite demostrar que *“la cooperación es la respuesta más productiva y eficiente posible, al permitir aplicar un razonamiento sistémico a la interdependencia y al conflicto estratégico presentes en las relaciones entre los individuos”*³²⁹. Veamos cómo se aplica en el caso del TLC/Col-EEUU.

En la negociación de los acuerdos comerciales los Estados son jugadores que manejan variables de comportamiento estratégico, a través de las cuales definen beneficios. En este escenario, bien pueden decidir cooperar en sus relaciones de intercambio bilateral, y en ese caso, *“la cooperación es productiva y dicha productividad se verá reflejada en los beneficios derivados del intercambio comercial justo (...) y el mejoramiento del bienestar de ambos países,*³³⁰. Pero también pueden decidir no cooperar y también beneficiarse de ello, y en este caso, sería posible que ante un incumplimiento en las obligaciones relacionadas con el intercambio no exista un mecanismo ante el cual pueda hacerse exigible el cumplimiento de los compromisos.

El TLC/Col-EEUU sería ese marco regulatorio que permita hacer exigibles los compromisos de las partes involucradas en el intercambio y tener mayor certidumbre en el desarrollo y cumplimiento del mismo. Si cada jugador tiene la opción de cooperar o de no hacerlo, entonces la solución óptima se obtiene *“cuando ningún jugador puede mejorar su beneficio por un cambio unilateral en su estrategia sin disminuir el beneficio del otro”*³³¹.

equilibrio de Nash de un juego es un acuerdo que ninguna de las partes puede romper a discreción sin perder”. Ídem.

³²⁸ *Ibíd.* p. 141

³²⁹ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 185

³³⁰ *Ibíd.* p. 187

³³¹ *Ibíd.* p. 186

El siguiente cuadro describe un juego de intercambio comercial entre el país A y el país B, quienes han suscrito un TLC:

**JUEGO DE INTERCAMBIO COMERCIAL
ENTRE EL PAÍS A Y EL PAÍS B CON TLC**

		País B Jugador 2	
		Recibe el bien y lo paga (coopera)	Recibe el bien pero no paga (se apropia)
País A Jugador 1	Opciones		
	Entrega el bien	0.5 , 0.5	-0.5 , 0.5
	No entrega el bien	(0, 0)	(0, 0)

Fuente: AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.), 2012. *Op. Cit.* p.188

Cuadro 2-2 Juego del Libre Comercio en un TLC

En este juego se observa que siempre que exista un TLC entre un país A y un país B, uno de ellos preferirá comercializar con el otro siempre que se pueda hacer exigible el cumplimiento de los compromisos relacionados con el intercambio. En este sentido, si el país A entrega un bien y el país B lo recibe y paga su precio, entonces ambos se beneficiarán del intercambio (0.5, 0.5), pero si el país B recibe el bien y no lo paga (-0.5, 0.5), de todas formas en virtud del tratado el país A recibirá un pago por daños compensatorios que será como mínimo el pago esperado del país B (0,5), de tal manera que el país A siempre asegura el recibo de un pago independiente de lo que decida el país B³³².

En este sentido, “*un acuerdo comercial asegurará que en el juego del intercambio comercial la solución más eficiente sea cooperar*”³³³, sin embargo, “*no siempre es posible asegurar juegos cooperativos puesto que existe otra serie de variables de economía política que pueden distorsionar el logro de juegos con soluciones eficientes*”³³⁴. Un ejemplo de esto es la movilidad del factor trabajo en el TLC/Col-EEUU, pues no se observan medidas tendientes a facilitar el acceso de los trabajadores colombianos a un mercado mejor remunerado como es mercado laboral estadounidense. En este aspecto

³³² *Ibíd.* p. 188

³³³ *Ídem.*

³³⁴ *Ídem.*

se ha optado por no cooperar entre los jugadores, y en su lugar, *“la política migratoria y los intereses de seguridad nacional priman sobre posibles y mejores resultados cooperativos que permitieran una movilidad del recurso humano entre los países, perdiendo la posibilidad de maximizar en teoría los beneficios del libre mercado”*³³⁵.

Hemos visto un ejemplo de juego de intercambio comercial con TLC, y se ha señalado que la cooperación es la solución más eficiente, siempre que existan mecanismos para garantizar el cumplimiento de los compromisos. Sin embargo, la ejecución de obligaciones derivadas de un TLC no puede ser visto como un juego de única realización o momento, por lo que la doctrina llama la atención en que *“se trata de un juego con innumerables repeticiones en las que debe promoverse la conformación de relaciones permanentes y que se minimice el uso de los tribunales”*³³⁶. En este sentido, al realizar la aplicación de la teoría de juegos al TLC/Col-EEU debe considerarse *“el hecho de que puedan existir innumerables intercambios a través del tiempo implica la posibilidad de mayores riesgos e incertidumbres (...) la aparición de dichos riesgos crea serios obstáculos para el intercambio y la cooperación, objetivos claves para el funcionamiento eficaz y eficiente de un TLC”*³³⁷. Estos riesgos deben ser considerados y ponderados en los próximos análisis del TLC/Col-EEU que se realicen desde la teoría de juegos.

2.3.2 TLC/Col-EEU y la Teoría Económica de los Contratos

La *“Teoría Económica del Contrato”* desarrollada por Robert Cooter y Thomas Ulen en su obra *“Derecho y Economía”*³³⁸, permite asimilar el TLC/Col-EEU con un contrato bilateral en el que las partes, en este caso los Estados, se comprometen de manera recíproca a favor del intercambio comercial, generando obligaciones internacionales exigibles entre ellas³³⁹. Sin embargo, la doctrina ha explicado que en este tipo particular de contrato, la reciprocidad tiene una connotación diferente, pues *“el compromiso recíproco no puede entenderse estrictamente como un mismo conjunto y/o número de*

³³⁵ *Ibíd.* p. 189

³³⁶ *Ibíd.* p. 190

³³⁷ *Ibíd.* p. 185

³³⁸ COOTER, Robert; y ULEN, Thomas. *“Derecho y Economía”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

³³⁹ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 178

*obligaciones a cumplir por cada parte del acuerdo, dado que los compromisos adquiridos por cada Estado son valorados de manera cuantitativa y cualitativamente distinta, según los intereses nacionales y prioridades de cada parte dentro de dicha negociación*³⁴⁰. Es decir, podemos afirmar que la falta de unificación de los criterios de valoración de los compromisos adquiridos por las partes en virtud de un TLC impide determinar adecuadamente el nivel de reciprocidad del acuerdo. Si analizamos la valoración comparadamente, mientras que Colombia ocupa el puesto 20 en las exportaciones de EEUU con un porcentaje de 1,20%, EEUU ocupa el puesto 1 en las exportaciones colombianas con 31,38%. Es claro entonces que la valoración de los compromisos adquiridos en materia de exportaciones será mayor por parte de Colombia, pues EEUU es el destino de casi la tercera parte de nuestro total de exportaciones; contrario sensu, la valoración de los compromisos adquiridos en materia de exportaciones será menor por parte EEUU, pues nuestra participación en sus exportaciones apenas supera el 1%.

La teoría jurídica clásica o tradicional del negocio jurídico explica el surgimiento del contrato a través de la oferta y su aceptación³⁴¹. Al aplicar esta teoría desde la perspectiva económica a los casos de negociaciones comerciales internacionales, puede afirmarse que el surgimiento de un acuerdo de libre comercio está determinado por un intercambio de múltiples ofertas y demandas que se concretan en la aceptación integral de todas las condiciones negociadas en un solo momento, por aplicación del principio de negociación *single undertaking*, o del todo único³⁴², en virtud del cual *“las negociaciones no son secuenciales sino simultáneas; así, se adopta el compromiso de negociar y cerrar todos y cada uno de los temas incluidos en la agenda comercial. Solo hasta cuando el último de los temas sea abordado y concluido se considerará que la negociación ha terminado*³⁴³. Se puede afirmar entonces que la aceptación integral es recíproca si *“ambas partes dieron algo para inducir a otorgar promesas (múltiples compromisos) y a aceptarlas, lo que se traduce entonces en la adopción de múltiples intercambios*

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 179

³⁴¹ Al respecto consultar OVIEDO ALBÁN, Jorge. *“La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación”*. Bogotá, TEMIS, 2008.

³⁴² Según este principio, cada aspecto de la negociación es parte de un todo o paquete indivisible que no puede ser aceptado separadamente, es decir, nada está acordado hasta que todo esté acordado. Al respecto consultar AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 181

³⁴³ *Ídem.*

(*promesas y consideraciones*) de intereses, *trade offs*³⁴⁴, que pueden llegar a ser equiparables tanto cuantitativa como cualitativamente.

Ahora bien, de manera general podemos sostener que la aplicación teoría económica del contrato tiene como objetivo analizar la eficiencia económica de un determinado acuerdo de libre comercio, y para ello debe establecer el origen y calidad de los compromisos y su relación con el cumplimiento y el grado de confianza entre las partes³⁴⁵. En este sentido, se afirma que un acuerdo es eficiente, entre otras razones, cuando el esquema y aplicación del cumplimiento logra asegurar que se lleve a cabo el compromiso adquirido. Sobre este punto la doctrina ha señalado que “*el cumplimiento óptimo estará relacionado con una medida del daño que genere un nivel eficiente del compromiso de cumplir para que efectivamente las partes siempre “deseen” cumplir, pues es su decisión racionalmente más óptima*”³⁴⁶.

Por lo tanto, es posible establecer algunos temas cruciales en la negociación de los tratados que pueden llegar a determinar el compromiso de las partes para cumplir y el grado de disuasión de tener que pagar por el daño causado, tales como por ejemplo la elección del foro, la estructura del órgano de solución de controversias, la celeridad del proceso, los procedimientos pactados, el grado de aplicación de la sanción, entre otros³⁴⁷. Si estos aspectos funcionan de forma adecuada, es posible que la disposición de las partes a cooperar sea mayor, pues tal y como lo sostiene la doctrina, “*al hacer cumplir las promesas, los tribunales permiten que los individuos asuman compromisos creíbles de cooperar entre sí, y al hacer cumplir las promesas los tribunales generan incentivos para la cooperación eficiente (...) al interpretar las promesas pueden reducir los costos de transacción (...) específicamente proyectando términos de omisión eficientes*”³⁴⁸.

Ahora bien, la doctrina ha señalado que a pesar de existir un acuerdo vinculante, claro en los compromisos y con un sistema de solución de controversias transparente y expedito,

³⁴⁴ *Ibíd.* p. 182

³⁴⁵ *Ibíd.* p. 184

³⁴⁶ *Ibíd.* p. 189

³⁴⁷ *Ídem.*

³⁴⁸ COOTER, Robert; y ULEN, Thomas. (1998) *Óp. Cit.* p. 250

es posible que una de las partes decida no cumplir el acuerdo y acudir al diferendo comercial, y tampoco en esta instancia cumplir la sentencia expedida por el órgano o tribunal correspondiente, *“debido a una decisión interna de su Congreso que vas más allá del compromiso legal comercial pues responde a intereses superiores de seguridad nacional”*³⁴⁹. Este aspecto que resulta tan problemático en la dinámica del comercio internacional hace necesario profundizar los estudios sobre confianza en los acuerdos comerciales y sus implicaciones para el efectivo cumplimiento de los compromisos³⁵⁰.

En este punto es necesario aclarar que la misma doctrina nacional reconoce que el análisis económico de los contratos aplicado al TLC se enfoca excesivamente en los compromisos adquiridos y su cumplimiento, pasando por alto otros aspectos relevantes como *“las condiciones y motivaciones iniciales que abordan las negociaciones, hecho que es determinante en el comercio internacional”*³⁵¹. En este sentido, debo partir del reconocimiento de las limitaciones de la aplicación del análisis económico de los contratos al TLC /Col-EEUU, pues *“no conduce necesariamente la construcción de un enfoque cierto acerca de los posibles beneficios que puedan lograr los diferentes países (...) al insertarse en las negociaciones comerciales internacionales, dado que los agentes tienen incentivos a no cooperar debido a las asimetrías existentes en sus niveles de desarrollo, política, recursos y sociedad, más aún en el caso de un acuerdo bilateral Norte-Sur”*³⁵².

En un escenario ideal, el TLC/Col-EEUU debería contribuir a superar las ineficiencias económicas y políticas que persisten en el intercambio bilateral a pesar de los mecanismos consagrados en los instrumentos multilaterales tipo OMC o ATPDEA.

Aunado a lo anterior, el tratado debería facilitar la expansión del comercio, pero esto dependerá de cómo se negoció y la manera en que se aplicará en los casos específicos, pues de lo contrario los tratados *“fomentarán problemas sistémicos como normas de*

³⁴⁹ *“Este podría ser el caso de las medidas en materia de seguridad y movimiento de personas que tomó el Gobierno de los Estados Unidos luego de los ataques del 9-11, algunas de sus disposiciones violaban el cumplimiento de ciertos compromisos comerciales con ciertos socios”*
Ibíd. p. 191

³⁵⁰ *Ídem.*

³⁵¹ *Ibíd.* p. 200.

³⁵² *Ibíd.* p. 197

*origen, desgravación asimétrica, conflictos entre normas bilaterales y multilaterales*³⁵³, entre otros.

En la práctica podemos observar en el caso colombiano que el Estado ha tenido que *“asumir mayores costos de transición y ajuste, al tener que adoptar normas, estándares, instituciones y buenas prácticas más exigentes, derivadas de los compromisos contractuales*³⁵⁴. En el estado del arte fui exhaustivo en la cantidad de tratados que Colombia tuvo que adherir para cumplir con los requerimientos del TLC con EEUU, algunos de los cuales inclusive riñen con las normativas multilaterales de integración andina. Lo anterior permite predicar que en las negociaciones comerciales internacionales existe una especie de etapa precontractual en donde las partes van a generar las condiciones para el contrato, lo que incluye partir de unos mínimos normativos, los cuales generalmente son establecidos en instrumentos multilaterales de integración que las partes se ven obligadas a adherir. Sin embargo esto implica en la mayoría de los casos el incremento de los costos de transacción y ajuste que acarrea la implementación del acuerdo para la parte más débil en la relación bilateral, este a su vez parece ser un fenómeno generalizado en los denominados tratados Norte-Sur suscritos entre EEUU y los países latinoamericanos. De hecho, *“todos los países latinoamericanos han firmado TLC con EEUU lo han tenido que soportar*³⁵⁵.

La teoría económica del contrato permite concluir que el TLC/Col-EEUU es un acuerdo que no opera bajo el principio de reciprocidad, pues aunque se otorguen las mismas condiciones de desgravación arancelaria, EEUU mantiene las ayudas internas que obstruyen el cumplimiento efectivo del objetivo del contrato, a saber, acceder al mercado sin restricciones. Al respecto suele afirmarse que en EEUU *“no están dispuestos a abandonar sus medidas de protección al mercado interno y que resultan lesivas para las*

³⁵³ *Ibíd.* p. 198

³⁵⁴ *Ibíd.* p. 199

³⁵⁵ *“Por ejemplo, en abril de 2011, Colombia entregó al gobierno de Estados Unidos -dentro del proceso para destrabar la ratificación del acuerdo por parte del Congreso de los Estados Unidos-, un “Plan de Acción” que incorpora un paquete de reformas que se discutieron entre ambos gobiernos desde finales de 2010, dentro de las cuales aparecen resoluciones relacionadas con el funcionamiento de la Fiscalía y la administración de justicia; la ampliación de la protección sindical a trabajadores y profesores; cambios en la ley de formalización y generación de empleo (incluida en el PND 2010-2014) sobre las cooperativas de trabajo asociado y su prohibición de funcionar como intermediarias laborales, entre otros.(...) a cambio de este paquete de medidas la administración Obama debe enviar una carta al Congreso en la que le informa que está listo para iniciar discusiones técnicas sobre el TLC”.* *Ibíd.* p. 183

*demás naciones*³⁵⁶, y en este sentido, la negociación no está dirigida a convertir amenazas y posibilidades, sino fortalecer la dependencia de unos frente a otros³⁵⁷. Sin embargo estos argumentos serán concretados en la próxima sección.

2.3.3 Impacto de las asimetrías en el TLC entre Colombia y EEUU

Para el caso del TLC/Col-EEUU, es posible sostener que las condiciones iniciales de desarrollo las partes dan cuenta de importantes asimetrías que tienen incidencia tanto en el proceso de negociación como durante su implementación. En este sentido, la negociación bilateral entre un país en desarrollo como Colombia y un país desarrollado como EEUU debe asegurar que estas asimetrías iniciales se nivelen para conseguir un tratamiento verdaderamente recíproco y diferenciado. Sin embargo, aunque esto llegara a realizarse en un escenario ideal, se ha demostrado que no siempre conduce a un aprovechamiento igual o equitativo de la zona de libre comercio, pues las ineficiencias institucionales y económicas de la parte débil siempre generarán *“mayor vulnerabilidad, mayor exposición a la volatilidad financiera, lo que incluso puede impedir el cumplimiento de las normas y disciplinas comunes que se acuerdan en los tratados”*³⁵⁸. El país más desarrollado o con mayor capacidad productiva termina aprovechando mejor las sinergias generadas por el acuerdo.

Una de las tesis centrales en las que se estructura esta investigación consiste en que las asimetrías que caracterizan el intercambio comercial parecen impedir que se puedan alcanzar soluciones óptimas a través de mecanismos como el TLC/Col-EEUU. Estas asimetrías deben equilibrarse y este debe ser un objetivo fundamental en la negociación por lo menos en el caso de Colombia. Lo anterior parte del *“reconocimiento de niveles de desarrollo dispares entre ambos socios comerciales y (...) tratar de ampliar las facilidades de los países menos desarrollados para acceder a los mercados del país con el mayor nivel de desarrollo”*³⁵⁹. En la actualidad observamos que las condiciones

³⁵⁶ *Ibíd.* p. 201

³⁵⁷ *Ibíd.* p. 202

³⁵⁸ RAMÍREZ, Juan Carlos (Ed.). (2005) *Óp. Cit.* p. 12.

³⁵⁹ PEREZ, Esteban; ZAPATA, Ricardo; CORTÉS, Enrique y VILLALOBOS, Manuel. *“Un análisis del Tratado de Libre Comercio entre el Triángulo del Norte y México”*. En: CEPAL: Serie Estudios y Perspectivas No. 3. Naciones Unidas. México, octubre de 2001. p. 25.

generales de acceso a los mercados se facilitaron a través del acuerdo, pero todavía resulta ostensible la mayor facilidad que tiene la producción agrícola norteamericana para acceder a mercados colombianos en donde compite con una producción poco tecnificada y abandonada por el Estado, en comparación con las condiciones de acceso de los productos colombianos a los mercados norteamericanos, en donde compiten en clara desventaja con productores altamente tecnificados y subsidiados por el Estado. Si bien es posible encontrar compromisos recíprocos en el TLC/Col-EEUU, esto no implica que la negociación haya sido balanceada y que los resultados impliquen beneficios mutuos, pues se verá que las asimetrías permiten a la parte más fuerte imponer compromisos negativos a la otra, de acuerdo a su influencia política, económica, cultural, militar, etc.

En el mismo sentido, las asimetrías en los niveles de desarrollo *“pueden distorsionar el equilibrio y resultado final de la negociación, y el grado de beneficios que pueden obtener las partes involucradas en el acuerdo”*³⁶⁰. Esto aplicado al TLC/Col-EEUU permite observar que *“la asimetría de poder en la mesa de negociación determina, casi de antemano, el resultado de la negociación, al minimizar los objetivos e intereses de los países del sur (en este caso Colombia) y lograr consolidar una agenda de temas y prioridades por parte de los países desarrollados (es este caso EEUU) que anulan la verdadera aplicación de un proceso de negociación”*³⁶¹.

La asimetría se expresa también con la exclusión de diferentes temas por parte de EEUU, como por ejemplo los subsidios estatales a la producción, como se ha venido mencionando, y también con el tema la movilidad libre del factor trabajo entre los países.

Se admite por lo tanto que las asimetrías tienen una importancia decisiva en el desarrollo de la negociación y la implementación del acuerdo, pues se observa que *“las capacidades de influencia de los países ricos en las políticas internas de aquellos con los que negocian, y el poder que éstos detentan (representado en por el nivel de desarrollo económico, la capacidad política global, las dotaciones y el manejo de recursos), pueden influir positiva o negativamente en el proceso de negociación y terminar por desequilibrar los resultados que inicialmente buscaba una de las partes”*³⁶². En los tratados asimétricos la frontera entre el aprovechamiento real de los acuerdos y la dependencia económica

³⁶⁰ AMADOR CABRA, Luis Eduardo (*et al.*), 2012. *Óp. Cit.* p. 192

³⁶¹ *Ibíd.* p. 180

³⁶² *Ibíd.* p. 180

ciertamente es difusa, pues *“la influencia que pueden forjar unos países sobre otros, gracias a los recursos con que cuentan, hace que los jugadores no decidan libremente y a favor de maximizar sus beneficios, de forma tal que éstos no plantean sus preferencias estrictas y reducen la posibilidad de estabilidad de las mismas”*³⁶³. De modo que el texto del TLC puede reflejar algo distinto a las intenciones iniciales de las partes, dado la forma en que las asimetrías afectan el proceso de negociación y las estrategias de los jugadores.

En el caso del TLC/Col-EEUU, la influencia de los Estados Unidos en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales de nuestro país aumentaron su poder de negociación del TLC con Colombia, desbalanceando en el proceso. Esta circunstancia muy conveniente para los intereses políticos y económicos estadounidenses, hace parte de una estrategia compartida por los países desarrollados, según la cual se opta por el escenario bilateral de negociación porque permite maximizar los beneficios en comparación con la negociación multilateral. Esta estrategia *“permite que EEUU mejore aún más su posición frente a los demás países en desarrollo y/o menos desarrollados, al incentivar la competencia entre éstos y reducir su posibilidad de coordinación”*³⁶⁴.

En este sentido, los estudios sobre la relación bilateral entre Colombia y EEUU son tajantes en concluir que prácticamente todos los temas claves de nuestra vida nacional gravitan en torno a ella, ya que en lo referente a *“conflicto armado, el narcotráfico, la integración económica, el desarrollo, el papel del Estado, la democracia, etc. Estados Unidos se ha convertido en el actor imprescindible, en parte por su propia política, la defensa de sus intereses y su visión nacional, y en parte porque Colombia decidió una política de alineamiento casi incondicional con Washington”*³⁶⁵. Estos estudios permiten concluir inclusive que *“los últimos años han marcado un ascenso de la influencia y capacidad de presión de Estados Unidos sobre el país”*³⁶⁶. Si esto es claro entonces nada impide que EEUU aproveche esa influencia para desequilibrar la negociación del TLC con Colombia.

³⁶³ *Ibíd.* p. 203

³⁶⁴ *Ibíd.* p. 202

³⁶⁵ (FESCOL) Friedrich Ebert Stiftung in Colombia. *“La Agenda Colombia-Estados Unidos: TLC y Plan Colombia,”* En: Policy Paper No. 16. Bogotá, Agosto de 2005. p. 1

³⁶⁶ *Ibíd.* p.11

Si lo anterior es cierto, entonces podemos concluir que en el proceso de negociación del TLC/Col-EEUU no se reconocieron y ponderaron adecuadamente las asimetrías existentes entre ambas partes, por lo que en su etapa de implementación no será posible que pueda darse un desempeño óptimo del comercio bilateral, y por el contrario terminará generando mayores distorsiones en los flujos de bienes y servicios. En este caso no habría una adecuada inserción de la economía colombiana en el escenario internacional.

Trabajos más actuales criticaron el carácter asimétrico del TLC/Col-EEUU y concluyeron que *“en muchos aspectos se opone al libre comercio y refuerza condiciones de competencia imperfecta”*³⁶⁷ ya que posibilita que las empresas multinacionales puedan desequilibrar o incidir decisivamente en la normal formación de los precios en el mercado, por lo que se puede apreciar que *“su resultado será favorable para los Estados Unidos y algunos grupos de las elites nacionales, encabezados por los sectores vinculados a las multinacionales y a los grandes importadores”*³⁶⁸. Los evidentes desequilibrios en los puntos acordados están profundizando una mayor brecha económica y social, así como una orientación antidemocrática que va en contra de la participación y fortalecimiento de las instituciones, limitando nuestra posibilidad de definir las políticas para insertarnos de manera competitiva, equilibrada y justa en el entorno internacional³⁶⁹.

Ahora bien, se ha sostenido que los más afectados con la negociación asimétrica del acuerdo son los campesinos, los pequeños productores y los agricultores, pues frente a ellos *“el Estado no tiene capacidad fiscal para entregar el mismo nivel de subsidio que el gobierno de EEUU le entrega a los productores americanos”*³⁷⁰, lo que termina en un intercambio inequitativo y distorsionado en sus precios.

Estas las afirmaciones deben ser respaldadas de alguna manera en datos empíricos, por lo que realizaré este ejercicio a continuación, con el fin de observar en concreto la forma en que se han materializado las asimetrías en estos 3 años de implementación.

³⁶⁷ UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. *“La asimetría en el TLC Colombia-USA”*. En: Revista Cien Días No. 74. Bogotá, CINEP, diciembre de 2011-Marzo 2012. p. 48.

³⁶⁸ *Ibíd.* p. 49

³⁶⁹ *Ibíd.* p. 51

³⁷⁰ *Ibíd.* 50

3.Elementos Para Un Análisis De Los Resultados del TLC

En el capítulo final de esta investigación se intentará comprobar la hipótesis formulada al inicio del trabajo y desarrollada a lo largo del último capítulo según la cual, el surgimiento del TLC/Col-EEUU se dio en un escenario en el que las partes se encontraban inmersas en diferentes tipos de relaciones asimétricas, las cuales no fueron debidamente ponderadas y equilibradas en el proceso de negociación del acuerdo, y en consecuencia la parte más fuerte en la relación terminó imponiendo sus condiciones sobre la otra, desequilibrando el proceso y los resultados que se podían llegar a alcanzar. Si esta hipótesis se admite, los resultados sobre el desempeño del acuerdo deberían indicar que EEUU se beneficia en mayor medida que Colombia, lo cual no es malo *per se*. Sin embargo, si estos beneficios se obtienen desplazando a la producción local, entonces la economía resultará afectada significativamente por el proceso de implementación del acuerdo, especialmente en lo que respecta al sector agrícola e industrial, pues las condiciones de competencia con las empresas transnacionales son altamente desfavorables e inequitativas.

Para respaldar la anterior hipótesis propongo tomar una muestra de tres trabajos investigativos previos a la vigencia del TLC/Col-EEUU, que trataron de establecer su impacto en la economía Colombiana, para después contrastarlos con la información disponible más reciente sobre los resultados del TLC y determinar si los pronósticos fueron acertados.

3.1 Estudios previos sobre los impactos del TLC/Col-EEUU

El primer trabajo que quiero traer a colación corresponde al estudio de *“Impacto económico de un acuerdo parcial de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos”*

realizado por la CEPAL en el año 2005, previo a la suscripción del tratado, el cual tuvo como objetivo realizar una “*evaluación cuantitativa de los posibles efectos de un (TLC) con los Estados Unidos sobre la economía colombiana*”³⁷¹ y para ello utilizó el Modelo de Equilibrio General, que le permite “*cuantificar el impacto de diferentes políticas sobre la asignación de recursos, los mercados de factores (específicamente los mercados laborales) y la distribución del ingreso*”³⁷².

Los resultados de este trabajo concluyeron que los efectos positivos del TLC están supeditados en gran medida al grado de afectación las barreras no arancelarias vigentes en los Estados Unidos, que constituyen el obstáculo más grande para el crecimiento de la nuestras exportaciones hacia dicho país. Si estas barreras se disminuyen entonces “*beneficiaría a los más pobres en particular a la población rural y tendría un efecto progresivo sobre la distribución del ingreso*”³⁷³. Obviamente se desconocía que este sería un tema excluido de facto por EEUU en el marco de las negociaciones, lo que actualmente causa “*efectos negativos sobre los ingresos y el consumo de los trabajadores rurales, y en general sobre el sector agrícola colombiano*”³⁷⁴.

Por otra parte es claro en señalar que los sectores que más se benefician del acuerdo son los intensivos en mano de obra no calificada y frecuentemente organizada en mercados laborales informales como tejidos, prendas de vestir, cuero, hilados, fibras y artículos textiles mientras que los más perjudicados son los intensivos en capital y alta tecnología como maquinaria, transportes, metales y madera³⁷⁵.

Este estudio es tajante en concluir dos aspectos sobre el impacto esperado del TLC que vale la pena mencionar. En primer lugar, que los grandes perdedores con la implementación de un TLC serían las actividades agropecuarias y, por ende, los trabajadores y los hogares rurales³⁷⁶; y en segundo lugar, que es posible que el acuerdo tenga un efecto positivo pero pequeño, sobre el crecimiento económico y sobre el empleo.

³⁷¹MARTÍN, Clara Patricia y RAMÍREZ, Juan Mauricio. (2005) *Óp. Cit.* p. 5

³⁷² *Ibíd.* p. 15

³⁷³ *Ibíd.* p. 8

³⁷⁴ *Ibíd.* p. 9

³⁷⁵ *Ídem.*

³⁷⁶ *Ibíd.* p. 40

El segundo trabajo es del año 2006 y corresponde a una investigación de Planeta Paz titulada *“La negociación agropecuaria en el TLC: Alcances y Consecuencias”*³⁷⁷. Este estudio hace predicciones más desalentadoras que el anterior, pues asegura que *“el balance de beneficios y costos para el país derivados de lo negociado en el capítulo agrícola del TLC (...) muestra que a corto plazo las pérdidas netas en producción y empleo, sumadas a los menores aranceles recaudados, no podría ser compensada con la mejora en el bienestar de los consumidores”*³⁷⁸. El panorama es aún más desalentador si se tiene en cuenta que a largo plazo se presentarán contracciones de la producción en los sectores sensibles que perjudicarán a los trabajadores rurales³⁷⁹.

Los resultados de esta investigación sostienen que el TLC/Col-EEUU es inequitativo en cuento al sector agropecuario por las siguientes razones: a) Los EEUU mantuvieron su política de protección y estabilización de la agricultura a través de ayudas internas a la producción. b) No se incluyó ninguna cláusula que permitiera revisar el programa de desgravación de algunos productos en el caso de que los EEUU decidieran aumentar los niveles de las ayudas internas que actualmente otorgan a sus bienes agropecuarios. c) Los EEUU excluyeron del cronograma de desgravación al azúcar y los productos con alto contenido de azúcar no listos para el consumo, y no aceptaron exclusión alguna. d) Los EEUU 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 de su suscripción³⁸⁰.

El estudio concreta los impactos negativos del TLC/Col-EEUU a corto plazo en pérdidas en el valor de la producción, el área sembrada y el empleo generado *“en los cultivos de maíz amarillo, maíz blanco, sorgo, soya, frijol y trigo. Así mismo se esperaría una disminución importante en la producción informal de carne de cerdo (...) y es muy probable que desaparezca la actual producción de cebada”*³⁸¹. Los impactos del acuerdo

³⁷⁷ GARAY, Luis Jorge; BARBIERI, Fernando y CARDONA, Iván Mauricio. *“La negociación agropecuaria en el TLC: Alcances y Consecuencias”*. Bogotá: Planeta Paz, 2006.

³⁷⁸ *Ibíd.* p. 21

³⁷⁹ *Ídem.*

³⁸⁰ *Ibíd.* pp. 167 - 168

³⁸¹ *Ibíd.* p. 172

afectan en una mayor proporción a la economía agrícola campesina o informal que se destina a la comercialización en el mercado³⁸². A largo plazo sostiene que se podrían presentar efectos negativos en cuanto a la producción de arroz y la industria colombiana productora de carne de pollo se verá seriamente afectada, por lo que puede presentarse el caso de que los productores abandonen esta actividad buscando una reorientación de sus inversiones, y con ello el desmantelamiento de la industria avícola local³⁸³.

Se concluye que la estrategia de negociación de los EEUU en TLC con Colombia “*busca profundizar los compromisos multilaterales existentes en el contexto de la OMC, específicamente en algunas disciplinas en las que los Estados Unidos pueden beneficiarse con la liberación de la competencia a escala cada vez más global, en tanto que temas como el comercio agrícola mantiene una política precautelativas, defensiva y proteccionista*”³⁸⁴. Esta es una consecuencia del cambio de estrategia de EEUU del escenario multilateral a lo bilateral, en donde se busca alcanzar los beneficios que no se lograron debido a los contrapesos en la negociación multilateral.

El último trabajo sobre los impactos del TLC/Col-EEUU es más reciente y se titula “*Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos: ¿Qué impacto puede tener en Colombia?*”³⁸⁵. Esta investigación comienza con un análisis comparado de los casos de México y Chile con el fin de resaltar las experiencias del libre comercio de los TLC con EEUU y su desempeño en los mismos. Posteriormente se orienta demostrar que el efecto del TLC será “*pequeño pero positivo para la economía colombiana*”³⁸⁶, es decir que “*los resultados del modelo muestran que a pesar de ser pequeño, habrá un aumento en el bienestar y en la producción de los consumidores y firmas colombianas respectivamente*”³⁸⁷ siempre que se tomen algunas medidas redistributivas como por ejemplo la integración de las regiones productivas del país mediante el fortalecimiento de la infraestructura en transporte, y también el aumento de la participación de la mano de

³⁸² *Ibíd.* p. 173

³⁸³ *Ídem.*

³⁸⁴ *Ibíd.* p.

³⁸⁵ GRACIA, Orlando y ZULETA, Hernando. “*Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos: ¿Qué impacto puede tener en Colombia?*”. En: Coyuntura Económica No.1 Vol. 39. Bogotá: Fedesarrollo, 2009. pp. 99 - 148

³⁸⁶ *Ibíd.* p. 101

³⁸⁷ *Ibíd.* p. 119

obra calificada en la oferta laboral, lo que supone a su vez un aumento correlativo del gasto en educación.

Por otra parte, este trabajo difiere de los anteriores en que considera que las utilidades de los sectores beneficiados por el acuerdo pueden llegar a compensar las pérdidas de los sectores afectados, aplicando el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks presentado en el capítulo anterior. Al respecto sostiene que *“si bien hay una reducción en la producción en algunos sectores afectados por el aumento de la competencia de las importaciones, los sectores en expansión absorben recursos de las actividades en deterioro, gracias al cambio en los precios relativos”*³⁸⁸. No obstante, no se deja claro cómo los recursos absorbidos por el sector en expansión son redistribuidos hacia los afectados, debilitando algunas de sus conclusiones.

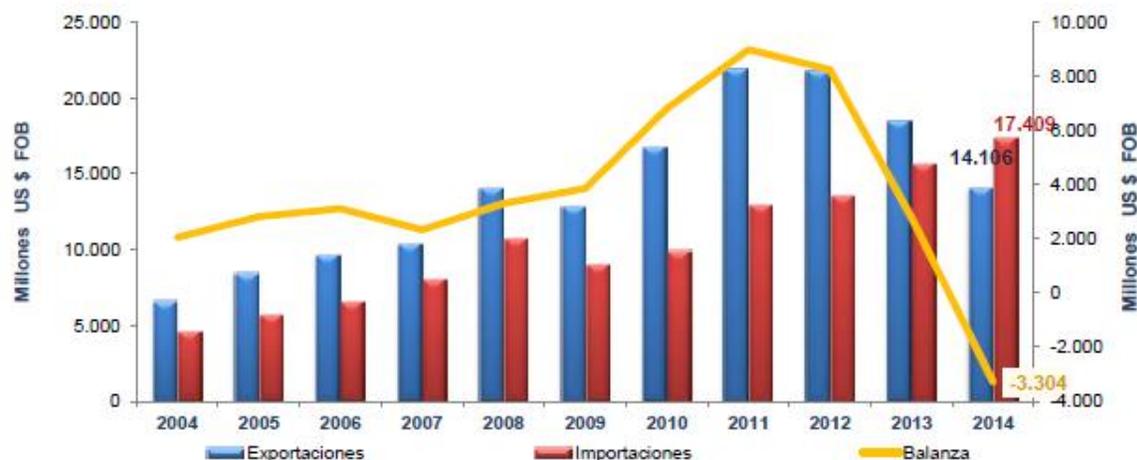
3.1 Materialización de las asimetrías en el TLC/Col-EEUU

Como se había mencionado anteriormente, es necesario en este punto de la reflexión revisar la información disponible sobre los resultados del TLC/Col-EEUU con el fin de determinar si la hipótesis presentada tiene algún respaldo empírico. El objetivo es determinar si en la práctica los EEUU se están beneficiando del acuerdo en mayor medida que nuestro país, o en otras palabras, si el impacto de las asimetrías en la negociación del acuerdo desequilibró los resultados a favor de EEUU lo cual se ve reflejado actualmente en la etapa de implementación. Los insumos para responder este cuestionamiento parten de los estudios sobre los impactos del tratado presentados anteriormente, pues orientan sobre los cuáles podrían ser los sectores más perjudicados con el acuerdo, pero también la información oficial más reciente sobre el desempeño del mismo.

A continuación en el Cuadro 3-1 se podrá observar el comportamiento de la balanza comercial con Estados Unidos en los últimos diez años. Llama la atención la inversión de la balanza ante la vigencia del TLC:

³⁸⁸ *Ibíd.* p. 120

COMERCIO BILATERAL DE COLOMBIA CON ESTADOS UNIDOS



Fuente: DANE-DIAN. Elaboró OEE MCIT

Cuadro 3-1 Balanza Comercial Colombia EEUU (2004-2014)

De la gráfica anterior se puede concluir que la balanza comercial entre Colombia y Estados Unidos actualmente es deficitaria en 3.304 millones de dólares. Igualmente, es claro que a partir del año 2012 en que entró en vigencia el acuerdo, las exportaciones totales de Colombia a Estados Unidos han venido en franco descenso, tanto así que para el periodo 2013-2014 representó un porcentaje del 23,6%. Sin embargo vale la pena aclarar que esta caída corresponde a las exportaciones minero-energéticas que se contraen en un 31,4% mientras que las no minero-energéticas aumentan en un 10,9%. El desempeño en este último ítem es positivo, por lo que debe destacarse que las exportaciones agrícolas presentaron un aumento del 12,1% entre 2013 y 2014, al igual que las exportaciones industriales que aumentaron en un 7,3%, así como las agroindustriales en un 14,5%, porcentajes que se observan en el Cuadro 3-2:

EXPORTACIONES HACIA ESTADOS UNIDOS
Por grupo de productos

Sector	miles US \$ FOB		Variación	Partic. % 2014
	2013	2014		
Total	18.458.880	14.105.761	-23,6%	100,0%
Minero-energéticos	15.034.334	10.309.511	-31,4%	73,1%
No minero-energéticos	3.424.546	3.796.250	10,9%	26,9%
Agrícolas	2.119.487	2.374.966	12,1%	16,8%
Agroindustriales	288.437	330.376	14,5%	2,3%
Industriales	1.016.622	1.090.908	7,3%	7,7%

Fuente: DANE-DIAN. Cálculos OEE Mincit.

Cuadro 3-2 Exportaciones de Colombia a EEUU (2013-2014)

Ahora bien en cuanto a las importaciones, si bien han aumentado de forma constante desde la entrada en vigencia del acuerdo. Sin embargo, para efectos de determinar la problemática concreta frente al sector agropecuario, me permito presentar las siguientes cifras en el Cuadro 3-3:

Principales productos de importación 2012 - 2015
Miles de US\$ CIF

Partida	Descripción	Enero - Diciembre			Enero - Marzo		Variación		Participación Ene - Mar	
		2012	2013	2014	2014	2015	2014/2013	2015/2014	2014	2015
2710	Aceites de petróleo , excepto los aceites crudos	3.877.492	4.976.318	6.622.887	1.910.297	1.067.156	↑ 33,1%	↓ -44,1%	39,9%	24,7%
8802	Las demás aeronaves y vehiculos espaciales	294.681	958.879	270.176	192.897	511.501	↓ -71,8%	↑ 165,2%	4,0%	11,8%
1005	Maíz	72.037	180.333	897.764	236.397	308.184	↑ 397,8%	↑ 30,4%	4,9%	7,1%
2304	Tortas y demás residuos de la extracción del aceite de soja (soya)	93.066	181.532	209.194	73.214	117.165	↑ 15,2%	↑ 60,0%	1,5%	2,7%
8703	Automóviles de turismo y para transporte de personas	156.817	247.049	280.049	57.553	67.261	↑ 13,4%	↑ 16,9%	1,2%	1,6%
1201	Frijol de soya	93.543	64.478	126.803	20.953	65.201	↑ 96,7%	↑ 211,2%	0,4%	1,5%
3901	Polímeros de etileno en formas primarias	287.949	301.768	331.178	80.676	56.229	↑ 9,7%	↓ -30,3%	1,7%	1,3%
2903	Derivados halogenados de los hidrocarburos	235.628	259.530	281.522	52.617	55.182	↑ 8,5%	↑ 4,9%	1,1%	1,3%
3004	Medicamentos dosificados	162.716	161.388	191.377	45.740	53.678	↑ 18,6%	↑ 17,4%	1,0%	1,2%
8803	Partes de aeronaves y globos	178.960	203.912	231.694	44.303	49.333	↑ 13,6%	↑ 11,4%	0,9%	1,1%
1507	Aceite de soja (soya) y sus fracciones	21.414	38.211	34.139	33.824	46.839	↓ -10,7%	↑ 38,5%	0,7%	1,1%
1006	Arroz.	65.048	69.437	74.691	1.868	46.035	↑ 7,6%	↑ 2363,9%	0,0%	1,1%
8430	Demás máquinas y aparatos para manipular tierra o minerales	154.816	129.903	46.045	8.529	40.827	↓ -64,6%	↑ 378,7%	0,2%	0,9%
8421	Centrifugadoras	127.166	132.869	161.471	28.319	40.572	↑ 21,5%	↑ 43,3%	0,6%	0,9%
2902	Hidrocarburos cíclicos.	201.376	189.410	200.682	51.166	39.713	↑ 6,0%	↓ -22,4%	1,1%	0,9%
Subtotal		6.022.711	8.095.017	9.959.672	2.838.354	2.564.877	↑ 23,0%	↓ -9,6%	59,3%	59,4%
Participación %		42,3%	49,6%	54,7%	59,3%	59,4%				
Importaciones originarias de Estados Unidos.		14.242.067	16.336.673	18.192.629	4.784.284	4.319.689	↑ 11,4%	↓ -9,7%	100,0%	100,0%

Cuadro 3-3 Comportamiento de las importaciones desde EEUU en vigencia del TLC

Los estudios del impacto del TLC analizados anteriormente mostraron la vulnerabilidad de ciertos productos agrícolas que quedaron expuestos ante la competencia norteamericana. Pues bien, en el cuadro anterior podemos observar cómo se desarrolla este fenómeno en la práctica. Por ejemplo en el caso del maíz, en el primer año de vigencia del acuerdo se registra un aumento por lo menos del 150%, y para el segundo año de vigencia el aumento es por lo menos de 1200% con relación al total importado en 2012. Para de las tortas y demás residuos de extracción del aceite de soya, en el primer año de vigencia se duplica el total importado, y para el segundo año de vigencia se triplica, pasando de 93 millones de dólares en 2012 a 209 millones de dólares en 2014. Las importaciones de frijol de soya también se duplican en el segundo año de vigencia del acuerdo de 64 millones de dólares en 2013 a 126 millones de dólares en 2014, y si bien el arroz no presenta una dinámica de aumento significativo con respecto a los años anteriores, la variación entre el periodo enero-marzo de 2014 con el mismo periodo del año 2015 es del orden 2363%, por lo que se espera un aumento importante de las

importaciones de este producto para el resto del año. Las importaciones de maní también ha presentado una variación del 625% entre los años 2013 y 2014.

Si bien los productos agrícolas han registrado aumentos significativos, los productos industriales no se quedan atrás. A continuación en el Cuadro 3-4 se podrá observar el comportamiento de las exportaciones más dinámicas en el periodo 2013-2014:

Principales Importaciones Dinámicas* 2013- 2014 US\$ Miles CIF

Partida	Descripción	2013	2014	Variación %
9801	Motocicletas	6	2.054	36424,5%
8710	Tanques y demás vehículos automóviles blindados de combate, incluso con su armamento	684	36.552	5240,2%
8530	Aparatos eléctricos de señalización (excepto los de transmisión de mensajes), seguridad	732	10.096	1278,3%
9005	Binoculares (incluidos los prismáticos), catalejos, anteojos astronómicos, telescopios ópticos	171	1.816	964,5%
1202	Maníes (cacaahuates, cacaahuates) sin tostar ni cocer de otro modo, incluso sin cáscara	286	2.073	625,4%
7605	Alambre de aluminio.	280	1.421	407,0%
1005	Maíz	180.333	897.764	397,8%
8460	Máquinas de desbarbar, afilar, amolar, rectificar, lapear (bruñir), pulir o hacer otras operaciones	1.121	5.469	387,7%
7502	Níquel en bruto.	500	2.378	375,7%
6807	Manufacturas de asfalto o de productos similares (por ejemplo: pez de petróleo, brea)	301	1.359	350,8%
4418	Obras y piezas de carpintería para construcciones, incluidos los tableros celulares, los tableros	832	3.671	341,3%
2714	Betunes y asfaltos naturales; pizarras y arenas bituminosas; asfaltitas y rocas asfálticas	1.643	6.641	304,1%
7020	Las demás manufacturas de vidrio.	281	1.064	277,8%
8441	Las demás máquinas y aparatos para el trabajo de la pasta de papel, del papel o cartón	2.878	10.233	255,5%

* Mayores a US\$1 millón y ordenados por tasas de crecimiento

Fuente: DANE-DIAN- Cálculos OEE Mincomercio

Cuadro 3-4 Comportamiento de las importaciones dinámicas

Frente al gráfico anterior podemos resaltar algunas importaciones que han presentado crecimientos exponenciales en el periodo 2013-2014, como por ejemplo las motocicletas con una variación importante de 36424,5%, y en su orden le siguen los tanques y vehículos de combate con 5240,2%, los aparatos eléctricos de señalización 1278,3%, los binoculares y telescopios 964,5%, el alambre de aluminio 407%, entre otras manufacturas y maquinarias que han aumentado aproximadamente en un 300%. Ningún producto colombiano que haya ingresado al mercado norteamericano en estos tres últimos años ha registrado unas variaciones tan pronunciadas en comparación con los productos importados desde Estados Unidos. Es una señal inequívoca del aprovechamiento desigual de los beneficios del libre comercio a favor del país más desarrollado de la relación de intercambio comercial en este caso Estados Unidos.

4. Conclusiones

Este escrito no pretende ponerle fin al debate académico sobre los impactos del TLC/Col-EEUU que se viene desarrollando desde hace más de una década. Por el contrario, su intención es motivar a los investigadores a que sigan indagando sobre los impactos del acuerdo en la economía nacional, ya que si bien en este punto es posible realizar algunas conjeturas válidas sobre el desempeño de las partes después de tres años de vigencia, es necesario observar la dinámica que adopta el comercio bilateral en el mediano y largo plazo para llegar a conclusiones más definitivas sobre este tema.

Sin embargo los resultados obtenidos hasta el momento permiten concluir que los Estados Unidos aprovechan en mayor medida los beneficios del acuerdo. Las cifras presentadas demuestran que las importaciones desde Estados Unidos han aumentado de forma significativa, y en algunos casos inclusive podría decirse que han aumentado casi de forma exponencial, mientras que las exportaciones desde Colombia no han crecido en este mismo ritmo, inclusive han disminuido en términos totales. Este aprovechamiento desigual del tratado se explica porque las condiciones en las que se negoció el TLC plantean un escenario asimétrico a favor de los Estados Unidos.

En efecto, a lo largo del trabajo he demostrado que los Estados Unidos lograron imponer sus condiciones en la negociación en el TLC, dado que Colombia no logró acordar unos mecanismos de trato diferenciado que permitieran equilibrar o nivelar las asimetrías que se presentaban entre las partes. Este fenómeno determinó de antemano los resultados de la negociación y en últimas los mismos resultados del acuerdo, pues no puede negarse que la influencia de los Estados Unidos en las políticas internas de Colombia afectó la toma de decisiones.

Por otra parte, las asimetrías también se manifestaron en la exclusión de temas de la agenda de negociación por parte de Estados Unidos que hubieran podido beneficiar a Colombia como por ejemplo la libre movilidad de trabajadores entre ambos países, o la prohibición de ayudas internas a la producción, las cuales generan distorsiones en el intercambio, y afectan negativamente el sector agropecuario de la producción nacional.

A su vez, la preferencia de Estados Unidos por escenario bilateral de negociación le permitió negociar aquellos aspectos que no pudieron ser concretados en negociaciones multilaterales como la OMC o el ALCA. De contera, la estrategia de fragmentación de los países latinoamericanos a través de la suscripción de acuerdos bilaterales disminuye la posibilidad de coordinación eficiente entre ellos ante la competencia de los países del norte.

Sin embargo, a pesar de haber demostrado la incidencia de las asimetrías en la negociación del TLC, los supuestos beneficios del libre comercio pueden seguir siendo defendidos por los sectores que se han visto beneficiados con su implementación. He llegado a esta conclusión porque desde el análisis económico del derecho es posible establecer que si los beneficios recibidos por un sector determinado y tales beneficios son suficientes como para cubrir las pérdidas de la otra parte o sector afectado, entonces nos encontraremos ante una solución eficiente, aunque ello no implique que la compensación se lleve finalmente a cabo (criterio de Kaldor-Hicks).

En este sentido, podemos sostener que las teorías del análisis económico del derecho son incompletas porque abordan el problema de la eficiencia en los intercambios sin que esto implique alguna consideración sobre la distribución de los beneficios conseguidos mediante transacciones eficientes. Además, el criterio de maximización de la riqueza sostiene que una asignación eficiente de los recursos se garantiza cuando estos son adquiridos por quien más los valora, y dicha valoración se manifiesta en la intención de pagar un precio. Esta teoría aplicada al comercio bilateral, permite justificar que los recursos queden en manos de las empresas transnacionales más que en manos de los campesinos, pues son estas quienes tienen la capacidad de valorarlos cuantitativamente mejor en términos de pagar un precio mayor.

De lo anterior se sigue que para comprender integralmente las implicaciones de los acuerdos comerciales, es necesario adoptar una perspectiva interdisciplinaria entre el derecho y la economía que permita complementar exitosamente el análisis de estructural

con el funcional. Esta fue la propuesta en el caso del TLC/Col-EEUU, pues no solamente se realizó una reconstrucción de la normativa del acuerdo, sino que se determinó cuáles eran las funciones económicas que cumplían las normas y cuál podía ser la respuesta de los agentes frente a los incentivos que estas consagran.

En últimas, la discusión sobre la estrategia de negociación que Colombia adoptó frente a EEUU y el impacto de las asimetrías comerciales en los resultados de la negociación misma, nos ha permitido comprender las condiciones desventajosas en las que nos encontramos actualmente en este juego del libre comercio con EEUU, y en este sentido, definir cuáles son las tareas que tenemos hacia el futuro. Se debe reconocer que el TLC no ha mostrado los resultados esperados debido a las grandes falencias de Colombia en términos de infraestructura para la actividad exportadora. Este sería uno de los obstáculos que deben superarse para afrontar la crisis de competitividad que enfrenta la industria nacional, en especial los sectores que se han visto perjudicados con el acuerdo.

En lo que respecta al sector agropecuario, deberán tomarse medidas urgentes para preparar a los pequeños productores para la competencia internacional, pues de lo contrario la crisis del sector se verá agudizada paulatinamente a medida que se efectúa la desgravación de los productos sensibles, y se aumentan los perjuicios para las familias campesinas. El papel del Estado es fundamental para equilibrar el intercambio mediante políticas macroeconómicas, pues en estos casos se observa que la negociación no ha sido efectiva en este sentido, y actualmente se compromete la soberanía alimentaria del país.

Bibliografía

ABUSAID GÓMEZ, José Alejandro. “*Negocios exitosos TLC Colombia Estados Unidos. Implementación y análisis práctico del tratado*”. Bogotá: LEGIS, 2013.

AGUIAR, Fernando; BARRAGAN, Julia y LARA, Nelson (Coord.). “*Economía, sociedad y teoría de juegos*”. Madrid: Mc Graw Hill. 2008.

AMADOR CABRA, Luis Eduardo (et al.). “*Serie de Derecho económico: casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

ASSAEL, Héctor. “*Asimetrías, comercio y financiamiento en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), y en América Latina y el Caribe*”. En: Serie Financiamiento del Desarrollo No. 146. Santiago de Chile: Naciones Unidas – CEPAL, 2004.

ATIENZA, Manuel. “*Introducción al Derecho*”. México D.F.: Fontamara S.A., 1998.

BEJARANO, Jesús Antonio. “*El análisis económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos*”, En: Revista de Economía Institucional No. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. “*Evaluación de las relaciones comerciales entre Chile y Estados Unidos a diez años de la entrada en vigencia del Acuerdo*”. Santiago de Chile: Departamento de Estudios de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON), 2014. Disponible en internet: [http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_USA/Studies/EvaChUSJan_2014.pdf]

COASE, Ronald. *“El problema del costo social”*. En: Revista Estudios Públicos No. 45. Santiago (Chile): Centro de Estudios Públicos -CEP-, 1992.

COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *“Impacto económico del TLC con Estados Unidos en la Región Bogotá – Cundinamarca”*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1141/00 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1139 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1183 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-246 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell y José Gregorio Hernández Galindo)

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-261 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-350 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-361 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-909 de 2012, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. “*Estados Unidos Perfil Económico y Comercial*”. Bogotá: Oficina de Estudios Económicos. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2014. Disponible en Internet [<http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=6824>].

COOTER, Robert; y ULEN, Thomas. “*Derecho y Economía*”. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997.

CORCHADO Reyes, María del Carmen. “*Formas de integración económica: Globalización y Regionalización*”. LIMUSA, México D.F., 2010.

CORNEJO, Rafael y HARRIS, Jeremy. “*Propuesta metodológica para la convergencia del Spaghetti Bowl de las reglas de origen*”. Buenos Aires: BID-INTAL, 2007.

DIAN. “Contingentes arancelarios dentro del marco del TLC con Estados Unidos”. Disponible en Internet: [http://www.dian.gov.co/descargas/tlc/Contingentes_Arancelarios.pdf] Consultado 26 de febrero de 2014.

DWORKIN, Ronald. “*¿Es la riqueza un valor?*”. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo No. 1, abril, 1996.

ELLWOOD, Wayne. “*Casino Mundial. Claves de la globalización económica*”. Barcelona: INTERMON OXFAM, 2003.

ESTRADA ALVAREZ (Ed.) “*Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*”. Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-UNAL, Convenio Andrés Bello-Colciencias, 2005.

FAIRLIE REINOSO, Alan; QUEIJA DE LA SOTTA, Sandra y RASMUSSEN A., Milagros. “*Tratado de libre comercio Perú – EEUU: Un balance crítico*”. Lima: LATN - CISEPA, 2006.

FESCOL - Friedrich Ebert Stiftung in Colombia. “*La Agenda Colombia-Estados Unidos: TLC y Plan Colombia*,” En: Policy Paper No. 16. Bogotá, Agosto de 2005.

GARAY, Luis Jorge; BARBIERI, Fernando y CARDONA, Iván Mauricio. “*La negociación agropecuaria en el TLC: Alcances y Consecuencias*”. Bogotá: Planeta Paz, 2006.

GOMEZ LEE, Martha Isabel. “*¿Al final, TLC con o sin biopiratería?*”. En: Revista ÓPERA No. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

GOMEZ LEE, Martha Isabel. “*Biodiversidad en el TLC*”. En: Revista La Propiedad Inmaterial No. 9. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

GRACIA, Orlando y ZULETA, Hernando. “*Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos: ¿Qué impacto puede tener en Colombia?*”. En: Coyuntura Económica No.1 Vol. 39. Bogotá: Fedesarrollo, 2009.

HALPERÍN, Marcelo. “*Spaghetti Bowl o el multilateralismo en cuestión*”. En: Informe Integrar No. 67. La Plata: Instituto de Integración Latinoamericana. Universidad Nacional de la Plata, junio de 2011.

HERRERA TAPIAS, Belaña. “*El Estado Económico Constitucional de la Carta de 1991 frente al Derecho del Consumo*”. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 32. UNIJUS - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 2011.

HIERRO, Liborio L. “*La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)*” En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 15-16, vol. II, 1994. Disponible en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-pobreza-como-injusticia-dworkin-v-calabresi-0/>

KALMANOVITZ, Salomón. “*Oportunidades y riesgos de la globalización para Colombia*”. Bogotá: Banco de la República, 2000. En internet: <http://quimbaya.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/theglobe.pdf>

MANKIW, N. Gregory. “*Principios de economía*”. Madrid: Thomson, 4º Ed., 2007

MARTÍN, Clara Patricia y RAMÍREZ, Juan Mauricio. *“Impacto económico de un acuerdo parcial de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos”*. En: Serie Estudios y Perspectivas No. 3. Bogotá: Naciones Unidas - CEPAL, 2005

MEJÍA QUINTANA, Oscar Eduardo y PATIÑO GONZALEZ, María Cristina. *“Manual para la elaboración de proyectos de investigación de maestrías y doctorados”*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2012.

ESTRADA, Jairo (ed.) *“Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina”*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Convenio Andrés Bello – Colciencias, 2005.

MESA CUADROS, Gregorio. *“Derechos ambientales en perspectiva de integralidad”*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2º Edición, 2010.

MEYER, Heinrich y DÁVILA, Álvaro (Coord.). *“Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia”*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung Colombia, 2004.

MONSALVE, Sergio. *“John Nash y la teoría de juegos”*. En: Revista Lecturas Matemáticas Vol. 24. Bogotá: Sociedad Colombiana de Matemáticas, 2003.

NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio J. *“Antecedentes y Principios Fundamentales del análisis económico de la ley”*. En: *Colección de Derecho Económico II: Homenaje a Enrique Low Murtra*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

OMS-FAO. *“Qué es el Codex Alimentarius”*. Tercera edición. Roma: OMS-FAO, 2006. En internet: [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/understanding/Understanding_ES.pdf]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *“Acerca de la Declaración”*. Disponible en internet [http://ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SANIDAD ANIMAL (OIE). “*Objetivos: seguridad sanitaria*”. Disponible en internet en la página oficial de la OIE [http://www.oie.int/es/quienes-somos/nuestras-misiones]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping)*”. En internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum2_s.htm]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Entender la OMC: Los acuerdos antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos etc.*” En internet: [https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm#subsidies].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Módulo de formación sobre el AGCS*” Capítulo 1 Finalidad y conceptos básicos. Disponible en internet. [http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/cbt_course_s/c1s6p1_s.htm]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Salvaguardias: información técnica*”. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Serie de Acuerdos de la OMC: Obstáculos Técnicos al Comercio*”. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/tbttotrade_s.pdf]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “*Servicios: AGCS el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas*”. Disponible en internet: [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm].

OROPEZA GARCÍA, Arturo (Coord.). “*TLCAN 20 años ¿Celebración, desencanto o replanteamiento?*”. México D.F.: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014

OVIEDO ALBÁN, Jorge. “*La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*”. Bogotá, TEMIS, 2008.

PEREZ, Esteban; ZAPATA, Ricardo; CORTÉS, Enrique y VILLALOBOS, Manuel. “*Un análisis del Tratado de Libre Comercio entre el Triángulo del Norte y México*”. En: CEPAL: Serie Estudios y Perspectivas No. 3. Naciones Unidas. México, octubre de 2001.

POSNER, Richard A. “*El Análisis Económico del Derecho*”. 2º Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard A., LANDES, William M. y KELMAN, Mark G. “*Análisis Económico del Derecho*”. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011.

POSNER, Richard. “*Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica*”. Disponible en la Sección de Textos Selectos de Economía y sociedad de la Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y jurídicas. En: <http://www.eumed.net /cursecon/textos/posner-tort.pdf>

PUYO POSADA, Jimena y SÁNCHEZ SIERRA, Eduardo José “*TLC: Capítulo Ambiental. Entre la Teoría y la Práctica.*” Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2007.

RAMÍREZ ALJURE, Jorge. “*El neoliberalismo, manifestación delirante del capitalismo*”. En: “*Crisis neoliberal en Colombia: Dificultades y perspectivas desde la clase media*”. Bogotá: Gente Nueva, 2009.

RAMÍREZ Ocampo, Jorge. “*¿No TLC? El impacto del tratado en la economía colombiana*”. Bogotá: Norma, 2007.

RAMÍREZ, Juan Carlos. “*Las negociaciones comerciales de Colombia; del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) a un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos*”. En: Serie Estudios y Perspectivas No. 5. Bogotá: Naciones Unidas – CEPAL, 2005.

ROBLEDO, Jorge Enrique. *“El TLC recoloniza a Colombia: acusación a Álvaro Uribe Vélez”*. Bogotá: TR Ediciones, 2006.

ROEMER, Andrés. *“Introducción al Análisis Económico del Derecho”*. México; Fondo de Cultura Económica, 1994.

RUBIO, Mauricio. *“Economía Jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2007.

SAMUELSON, PAUL. *“Economía”*. Madrid: McGraw-Hill, 1990.

SMITH, Adam. *“Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”*. Fondo de Cultura Económica. 2º Edición. México, 1997.

STANTON, Gretchen. *“El acuerdo MSF: Acuerdo de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”*. En: Revista Fórum de Comercio Internacional. Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2010.

TRUJILLO Cabrera, Juan. *“Análisis Económico del Derecho Colombiano”*. Bogotá: Corporación Universitaria Republicana., 2009.

UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. *“El juego asimétrico del comercio. El tratado de libre comercio Colombia-Estados Unidos”*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. *“La asimetría en el TLC Colombia-USA”*. En: Revista Cien Días No. 74. Bogotá, CINEP, diciembre de 2011-Marzo 2012. p. 48.

UMAÑA MENDOZA, Darío Germán. *“La trampa del bilateralismo”*. En: Revista de Economía Institucional Vol. 12 No. 23. Segundo Semestre. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

URIBE ARBELÁEZ, Martín. “Los “beneficios” del TLC: Las consecuencias para la biodiversidad y el sistema de propiedad intelectual de Colombia”. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 18. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2007.

VELEZ, Germán. “Biodiversidad y Conocimiento Tradicional. Asfixiante reino de la propiedad intelectual”. En: PEREZ, Olga Lucía (ed.) “TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y la resistencia”. Bogotá: Centro de Cooperación al Indígena CECOIN. 2007.

WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura. “Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México”. 3° ed. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.