

# **Cumplimiento de Tratados de Libre Comercio: Carácter vinculante de sus reglas y justiciabilidad de derechos constitucionales**

**Philippe De Lombaerde**  
United Nations University (UNU-CRIS)

**Liliana Lizarazo**  
Independent Consultant

## **Resumen**

La proliferación de la negociación y firma de tratados de libre comercio (TLC) ‘OMC-plus’ en las últimas décadas ha estado acompañada de una creciente politización y judicialización de la política comercial en América Latina. Esto, a su vez, está relacionado con los cambios que se han producido en el ámbito político y en el marco constitucional en varios países de la región. La consecuencia de todo esto es que los TLC presentan inconvenientes en su aplicabilidad no solo a nivel internacional sino que cada vez más están sujetos a potenciales conflictos con regulaciones constitucionales y planes de desarrollo en los países firmantes. Este artículo busca poner en contexto la problemática de la ejecución de los TLC derivada del carácter jurídico de sus normas, pero también -- haciendo especial referencia al caso de los TLC firmados por Colombia con la UE, EEUU y otros países-- presentar como se han analizado los conflictos entre los TLC y derechos humanos por los tribunales nacionales y las potenciales repercusiones de estos fallos a nivel internacional.

## **Abstract**

The proliferation of the negotiation and signing of ‘WTO-plus’ free trade agreements (FTAs) in the last decades has been accompanied by a growing politicization and judicialization of trade policy in Latin America. This, in turn, is related to political changes and changes in the constitutional context in various countries in the region. The implication of all this is that the FTAs face problems of applicability, not only internationally but they are also more and more subject to potential conflicts with constitutional regulations and development plans in the signatory countries. This article seeks to contextualize the issue of FTA implementation derived from the juridical character of its provisions, but also --focusing on the FTAs signed between Colombia and the EU, US and other countries-- to show how conflicts between FTAs and human rights have been analyzed by national tribunals and explore the potential repercussions of these adjudications internationally.

## 1. Introducción

Este artículo analiza –en el contexto latinoamericano-- algunos aspectos controversiales de la ejecución de los tratados de libre comercio (TLC), desde la perspectiva de la exigibilidad de sus normas así como de los posibles conflictos que puedan surgir de su aplicación en relación con el respeto de normas que protegen derechos humanos. Desde estas perspectivas, los TLC norte-sur resultan particularmente relevantes. Y dentro de ellos, los TLC más representativos son los firmados por la Unión Europea (UE) y por los Estados Unidos (EEUU). Así se desprende de un estudio realizado en 2008 que encontró que estos TLC cubren, además de áreas que son tradicionalmente reguladas dentro del marco de la OMC, otras como la protección a la inversión, o los estándares laborales y de medio ambiente.<sup>1</sup> En este contexto, el modelo NAFTA ha sido particularmente influyente en el continente americano.<sup>2</sup> Sin embargo, el mismo estudio resalta que los TLC son un mecanismo de la UE y los EEUU para imponer aspectos regulatorios de manera bilateral, adicionales a la OMC, evitando que estos temas sean discutidos a nivel multilateral, o incluyendo temas regulatorios que no habían podido ser aprobados en este nivel, lo cual puede llegar a tener implicaciones de equidad, como lo han advertido algunos opositores a estos acuerdos comerciales.<sup>3</sup>

La relación entre TLC y derechos fundamentales se ha presentado usualmente como esencialmente conflictiva: este es el caso de la problemática entre comercio internacional y derechos laborales, entre propiedad intelectual y la salud pública y la biodiversidad, o entre los Acuerdos de Agricultura de la

---

<sup>1</sup> Hendrik Horn *et al*, “Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements”, *Bruegel Blueprint Series*, 2009, n° 3.

<sup>2</sup> IDB, *Beyond Borders. The New Regionalism in Latin America* (Washington DC: IDB, 2002); Stephen Woolcock (ed.), *Trade and Investment Rule-making* (Tokyo: UNU Press, 2006); Philippe De Lombaerde (ed.), *Multilateralism, Regionalism and Bilateralism in Trade and Investment*, (Dordrecht-New York: Springer, 2007); Philippe De Lombaerde y Luis Jorge Garay, “El nuevo regionalismo en América Latina”, en: Philippe De Lombaerde, Shigeru Kochi y José Briceño Ruíz (eds), *Del regionalismo latinoamericano a la integración interregional* (Madrid: Siglo XXI, 2008), pp. 3-35; Kenneth Heydon and Stephen Woolcock (eds), *The Rise of Bilateralism* (Tokyo: UNU Press, 2009); Kenneth Heydon and Stephen Woolcock (eds), *The Ashgate Research Companion to International Trade Policy* (Farnham: Ashgate, 2012).

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

OMC y la seguridad alimentaria.<sup>4</sup> Sin embargo, la interacción entre TLC y derechos fundamentales abarca diferentes perspectivas<sup>5</sup>: puede presentarse bajo la forma de sanciones comerciales por violaciones de derechos humanos, puede tratarse de aspectos de derechos humanos incluidos en el marco de la OMC, puede presentarse en la evaluación de los efectos del comercio internacional sobre los derechos fundamentales y puede presentarse como una forma de condicionalidad, entre otros.<sup>6</sup> La condicionalidad en derechos humanos es empleada principalmente en los TLC norte-sur, en los cuales el reconocimiento y respeto de los derechos humanos se ha incorporado en el texto de los TLC<sup>7</sup> (e.g. el debido proceso en procesos de contratación y propiedad intelectual, participación política y derechos laborales, a la salud y de las minorías).<sup>8</sup> Así mismo, los derechos fundamentales se han utilizado cada vez más como discurso en contra de la firma de los TLC (e.g. por los sindicatos y ONG), sobre todo en el contexto latinoamericano.

Esto está relacionado con la evolución constitucional que se ha presentado en muchos países desde la posguerra, que ha incrementado la relevancia de los derechos fundamentales (incluidos los derechos económicos, sociales y culturales –DESC--), en algunos casos en combinación con la emergencia de activismo judicial de los tribunales constitucionales (e.g. en Sudáfrica y Colombia). Este fenómeno se identifica como parte de la globalización de la protección de derechos fundamentales y la justiciabilidad de los mismos, a través de diferentes instrumentos como la globalización de nuevos métodos de argumentación jurídica que utilizan los tribunales para fallar en estos temas.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Floris Van Hees, *Protection v. Protectionism. The Use of Human Rights Arguments in the Debate for and against the Liberalisation of Trade* (Turku: Åbo, 2004), pp. 11-12, 40, 69.

<sup>5</sup> Susan Aaronson, “Is the Wedding of Trade and Human Rights a Marriage of Convenience or a Lasting Union?”, *Human Rights & Human Welfare*, 2010, n° 10, pp. 1-13; Lorand Bartels, *The Application of Human Rights Conditionality in the EU’s Bilateral Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries* (Brussels: EU Parliament, 2008); F.C. Ebert, “Between Political Goodwill and WTO-Law: Human Rights Conditionality in the Community’s New Scheme of Generalised Tariff Preferences (GSP)”, *ZERP Working Paper Series*, 2009, n° 8.

<sup>6</sup> Van Hees, *op cit.*

<sup>7</sup> Amin Alavi, *Legalization of Development in the WTO. Between Law and Politics* (London: Kluwer Law International, 2009); Varun Gauri y Siri Gloppen, “Human Rights Based Approaches to Development Concepts”, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2012, n° 5938; Van Hees, *op cit.*

<sup>8</sup> Aaronson, *op cit.*, p. 7.

<sup>9</sup> Mark V. Tushnet, *Weak Courts? Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University

Dentro de este contexto se desarrollan las políticas comerciales, que como se anotó, han sufrido un proceso de politización y judicialización<sup>10</sup>, i.e. los TLC presentan inconvenientes en su aplicabilidad no solo a nivel internacional, sino también están cada vez más expuestos a potenciales conflictos con regulaciones constitucionales y planes de desarrollo<sup>11</sup> de los países firmantes.

Este artículo busca poner en contexto la problemática de la ejecución de los TLC derivada del carácter de sus normas (sección 2), pero también, haciendo especial referencia al caso de Colombia, presentar como se han analizado los conflictos entre TLC y derechos humanos por los tribunales nacionales y las potenciales repercusiones de estos fallos a nivel internacional (sección 3).

## 2. Carácter vinculante de las cláusulas de los TLC

Los TLC, como verdaderos tratados internacionales, son en principio exigibles desde el punto de vista internacional; sin embargo, en la práctica no siempre es el caso. De acuerdo con el estudio de Horn *et al*, las cláusulas de los TLC se pueden considerar como coercibles, cuando se puede exigir su cumplimiento mediante un proceso de solución de conflictos, y por el contrario, serán claramente no obligatorias, cuando se excluyan expresamente mecanismos para dirimir disputas.<sup>12</sup> Este estudio identificó dentro de los TLC firmados por la UE y los EEUU hasta 2008, cláusulas de carácter vinculante (*hard law*) así como otras cuyo cumplimiento difícilmente se puede exigir (*soft law*). Los TLC firmados por la UE emplean un mayor número de cláusulas con carácter de *soft law* (denominado por Horn *et al* como “*legal inflation*”) que en el caso de los firmados por los EEUU. Es remarcable que dentro de las regulaciones adicionales a los tradicionales acuerdos de la OMC, los EEUU incluyen como cláusulas exigibles (*hard law*) el

---

Press, 2008); Jacco Bomhoff, “Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, n° 2; Alec Stone Sweet y Jud Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 47, n° 73, p.165.

<sup>10</sup> En Latinoamérica las negociaciones del ALCA han jugado claramente un papel como catalizadores.

<sup>11</sup> Ver el caso de Bolivia: Manuel Mejido, “Politics of Trade in Post—neoliberal Latin America: The Case of Bolivia”, *Bulletin of Latin American Research*, 2011, 30, n° 1, pp. 80-95; Manuel Mejido, “Latin American Post-neoliberal Development Thinking: The Bolivian ‘Turn’ Toward *Suma Qamaña*”, *European Journal of Development Research*, 2012, (DOI: 10.1057/ejdr.2012.41).

<sup>12</sup> Horn *et al*, *op cit*, pp. 16-19.

cumplimiento de estándares laborales y de medio ambiente, mientras que para la UE los aspectos de la competencia son más importantes.<sup>13</sup>

El término *soft law* se ha empleado en el derecho internacional para indicar aquellas normas que no tienen fuerza legal vinculante, pero que pueden sin embargo tener efectos legales indirectos y prácticos o que tienen problemas para exigir su cumplimiento<sup>14</sup>; se emplea usualmente como un punto intermedio entre la ausencia total de obligaciones legales desde el punto de vista jurídico y los acuerdos formales. En la doctrina se han considerado como un ejemplo de *soft law*, los estándares internacionales<sup>15</sup> que también se justifican como un desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas (13) que apoya un desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>16</sup>, pero más recientemente se ven como una forma de morigerar el no cumplimiento de tratados.<sup>17</sup> Se ha empleado también en algunas ocasiones para evitar los controles jurisdiccionales, siendo entonces normas sin poder coercitivo pero que pueden llegar a influenciar comportamientos.<sup>18</sup>

Parecen entonces un gran avance los TLC que incluyen como cláusulas coercibles los estándares laborales y de medio ambiente como normas de carácter coercitivo en los TLC, teniendo en cuenta la complejidad que implica el cumplimiento de reglas de derechos humanos. Aparte de estos temas, la condicionalidad que conllevan los TLC en relación con el respeto de derechos humanos es mucho más amplia y entonces es muy probable que varias regulaciones en esta materia sigan teniendo el carácter de *soft law* a pesar de su inclusión en los TLC.

La primacía de los derechos humanos sobre otras obligaciones internacionales ha sido reconocida por la Declaración de Viena en la Conferencia Mun-

---

<sup>13</sup> Horn *et al*, *op cit*, p. 6.

<sup>14</sup> Kal Raustiala, "Form and Substance in International Agreements", *The American Journal of International Law*, 2005, 99, n° 3, pp. 583,587. Linda Senden, *Soft Law in European Community Law* (Oxford/Oregon: Hart Publishing, 2004), p. 112. Citado por: Armin Schäfer, "Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law", Paper presented at the EUSA Ninth Biennial International Conference, Austin Texas, 31 marzo – 2 abril, 2005, p. 2.

<sup>15</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha clasificado en esta categoría, así como los Convenios OIT porque ambos necesitan que se conviertan en normas internas coercivas para poder exigir su cumplimiento. Eibe Riedel, "Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?", *European Journal of International Law*, 1991, 2, n° 1, pp. 58-84; Raustiala, *op cit*, p. 588.

<sup>16</sup> Riedel, *op cit*.

<sup>17</sup> Raustiala, *op cit*, p. 582.

<sup>18</sup> Jacob E. Gersen y Eric A. Posner, "Soft Law", *Public Law and Legal Theory Working Paper*, 2008, n° 213, Law School, The University of Chicago, pp. 44-45.

dial de Derechos Humanos de 1993.<sup>19</sup> Sin embargo a nivel internacional, las normas de carácter comercial que cuentan con la posibilidad de acudir al Órgano de Solución de Controversias de la OMC para exigir su cumplimiento a través por ejemplo de las medidas retaliatorias, tendrían un claro carácter de *hard law*. Mientras que las normas que protegen los derechos humanos que continúan sin ser coercibles por no poseer los mismos mecanismos en caso de incumplimiento, hace que, desde el punto de vista de las consecuencias internacionales, los Estados prefieren cumplir con los acuerdos comerciales.<sup>20</sup> Como se anotó, representa entonces un avance que los estándares laborales y de medio ambiente empiecen a mejorar su estatus a través de los TLC que las convierten en *hard law*, es decir jurídicamente exigibles.

Sin embargo, con respecto a la condicionalidad en materia de derechos humanos que no tiene el carácter de *hard law*, puede existir también la posibilidad de que los países acepten fácilmente estos TLC no tanto por cumplir con esta condicionalidad, sino por las mismas motivaciones que tienen los países para pertenecer a organizaciones internacionales, i.e. buscan beneficios de otra especie. Se hace como una forma de incrementar su credibilidad y acceder a otros beneficios como mayores flujos de inversión y el mejoramiento en la clasificación del riesgo país, pues se ha demostrado que si un país pertenece a más organismos internacionales, mejor clasificación obtiene, lo cual parece relevante en el caso de países con instituciones débiles.<sup>21</sup> En concreto, la condicionalidad en materia de derechos humanos incluida en los TLC, puede ser fácilmente aceptada por los países, básicamente para mejorar su posición internacional en los intercambios comerciales internacionales, a sabiendas que parte de ellas no son vinculantes (*hard law*) y por ello difícilmente exigibles, al menos no a través del uso de medidas retaliatorias.

El problema sin embargo, se está presentando a nivel nacional. Los TLC que atenten contra los derechos humanos pueden estar sujetos al control de las cortes nacionales debido a la creciente justiciabilidad de los derechos fundamentales. En efecto, los TLC pueden incorporarse de diferentes maneras al ordenamiento jurídico; se pueden considerar con un carácter supranacional, o pueden incorporarse al mismo nivel de la constitución, o como simples leyes ordinarias. A continuación se presentará el caso de Colombia, donde estos acuerdos comerciales ya están siendo objeto de análisis por parte de los tribunales nacionales.

---

<sup>19</sup> UN Doc A/CONF:157/24(Part1), citado por Van Hees, *op cit*, pp. 27-31, 204-228.

<sup>20</sup> Van Hees, *op cit*, pp. 56-57.

<sup>21</sup> Axel Dreher y Stefan Voigt, "Does Membership in International Organizations Increases Governments' Credibility? Testing the Effects of Delegating Powers", *KOF Working Papers*, 2008, n° 193, pp. 3-4, 25.

### 3. Estudio de Caso: Colombia.

#### *Contexto constitucional*

El TLC firmado por Colombia con los EEUU fue firmado en 2006 y aprobado en octubre de 2011 por el Congreso de los EEUU después de múltiples oposiciones a su firma.<sup>22</sup> El TLC entre Colombia y la UE firmado en Junio de 2012 y aprobado por el Parlamento Europeo en diciembre de 2012 reemplaza el esquema GSP-plus, pero aún no se ha aprobado por parte del Congreso Colombiano. Adicionalmente, en Colombia las leyes aprobatorias de tratados internacionales deben seguir el control automático de constitucionalidad, una vez que han sido aprobadas por el Congreso y antes de su ratificación. Si la ley aprobatoria es declarada inconstitucional, el tratado no puede ser ratificado. Si se trata de un tratado multilateral, puede ratificarse parcialmente si varias de ellas son declaradas constitucionales (PC 241 (10)). El Presidente también puede dar efecto temporal a los tratados de contenido económico o comercial, pero cuando ellos entran en vigor, el Congreso debe aprobarlos, de lo contrario su aplicación se suspende (PC 224). Una vez estén en vigor, tendrán el mismo nivel jerárquico que las leyes ordinarias, i.e. sometidas a la Constitución y a las Convenciones y tratados que se refieren a derechos humanos, los cuales tienen prelación sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y se denominan como “bloque de constitucionalidad”(C.P.93).<sup>23</sup>

Existen además acciones consagradas para la protección de derechos fundamentales, como es el caso de las acciones de tutela (amparo) o las acciones populares. Las primeras son un mecanismo expedito para la protección de derechos fundamentales ante las actuaciones arbitrarias de las autoridades y en algu-

---

<sup>22</sup> e.g. Luis Jorge Garay, Philippe De Lombaerde y Fernando Barberi, “Negotiating the Colombia-US FTA: a Colombian Perspective”, en: San Bilal, Philippe De Lombaerde y Diana Tussie (eds), *Asymmetric Trade Negotiations*, (Farnham: Ashgate, 2011), pp. 137-165.

<sup>23</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha definido el bloque de constitucionalidad como aquellas normas constitucionales y otras con igual jerarquía en sentido estricto, i.e. los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y normas de derecho internacional humanitario; en sentido amplio, se refiere a normas que aunque no tienen el carácter de constitucionales son un parámetro de constitucionalidad como las normas orgánicas y estatutarias y algunos tratados sobre derechos humanos (CP (93-4, 44 and 53). La Corte también definió cuáles son los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto: (i) DUDH (1948), (ii) PIDCP (1966) (Ley 74/68), (iii) PIDESC (1966) (Ley 74/68), (iv) la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) (Ley 16/72), (v) El Protocolo de San Salvador (1988) (Ley 319/96), (vi) la Convención OIT 87 (Ley 26/76), (vii) la Convención OIT 98 (Ley 27/76), (viii) la Convención OIT 138 (Ley 515/99), y (ix) la Convención OIT 182 (Ley 704/01) (cf. C750/08).

nos casos de los particulares, mientras que las segundas son un mecanismo empleado para la protección de derechos colectivos e intereses relacionados fundamentalmente con la vivienda, el espacio público, la seguridad, la moralidad administrativa, el medio ambiente, la protección al consumidor y la libre competencia (C.P. 86-88).

Lo anterior permite ver como Colombia es uno de los casos en que la Corte Constitucional tiene un gran poder, considerado por algunos como determinante para consolidar la democracia;<sup>24</sup> sus sentencias se han interpretado como ejemplo en la activa protección de los derechos constitucionales (fundamentales), incluso por encima de la ley.<sup>25</sup> Este activismo ha recibido tanto apoyos como críticas. Quienes defienden el activismo judicial consideran que la justiciabilidad de derechos es una manera de promover la democracia y de profundizar las bases sociales<sup>26</sup>, pero el uso generalizado de las acciones que protegen los derechos ha hecho que la jurisprudencia constitucional se encuentre en el centro del debate político. Este activismo judicial se ha catalogado a veces como una forma de usurpar poderes de otras ramas del poder a través del uso un tanto arbitrario de métodos de interpretación<sup>27</sup>, como es el caso de la argumentación jurídica.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Miguel Schor, "An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: the Cases of Mexico and Colombia", *Legal Studies Research Papers Series*, Suffolk University Law School, 2008, pp. 1-3.

<sup>25</sup> David Landau, "The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: a New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America", *George Washington International Law Review*, 2005; Diego E. López, *El Derecho de los Jueces* (Bogotá: Editorial Legis, 2000); Manuel J. Cepeda, "Judicial Activism in a Violent Context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, 2004.

<sup>26</sup> Schor, *op cit*, pp. 15, 18-19.

<sup>27</sup> Hugo Palacios, "El Control Constitucional en el trópico", en: *Precedente 2001. Anuario jurídico* (ICESI, 2001), pp. 3-19; Maurice Kugler y Howard Rosenthal, "Checks and balances: an assessment of the institutional separation of political powers in Colombia", en: *Institutional Reforms, the Case of Colombia* (Cambridge: MIT Press, 2005), pp. 76-102. Juan Antonio García, "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en: Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007), pp. 237-264. Véase también, Schor, *op cit*, pp. 18-19; López, *op cit*, p. 414; Eimer R. Elhauge, "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", *Yale Law Journal*, 1991, 101, n° 31, p. 110.

<sup>28</sup> Con relación a teoría de la argumentación jurídica como método generalizado de interpretación de normas relacionadas con derechos fundamentales, ver: Robert Alexy, *Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002); Kevin Stack, "The Divergence of Constitutional and Statutory Interpretation", *University of Colorado Law Review*, 2004, 75, n° 1. Para la aplicación de este método por parte de la Corte Constitucional Colombiana, véase Liliana Lizarazo, "Constitutional Adjudication in



El TLC COL-EEUU ha sido el más analizado, no solo a través del control automático de constitucionalidad que deben seguir todos los tratados internacionales, sino también en la jurisdicción contencioso administrativa, donde presentaron contra este TLC acciones populares que buscaban impedir su firma.

### *El análisis de los TLC por parte de los tribunales colombianos*

En el caso de las acciones populares presentadas contra el TLC COL-EEUU, inicialmente el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (05/12/2005) desautorizó al Presidente para firmarlo porque violaría derechos colectivos, en especial el derecho a la moralidad administrativa (entendida como el cumplimiento con la ley), seguridad alimentaria, salud (acceso a medicinas), cultura y biodiversidad.<sup>29</sup> Las finanzas públicas también se verían afectadas con el incremento de los costos en salud y los subsidios a los agricultores.<sup>30</sup> Sin embargo, el Consejo de Estado anuló esta sentencia y rechazó la acción popular<sup>31</sup> porque esta jurisdicción carecía de competencia para controlar los procesos de negociación de los tratados internacionales, la cual es competencia exclusiva del Presidente como director de las relaciones internacionales (CP 189(2) 150 (16)). Las recomendaciones que pueda señalar el poder judicial no son obligatorias porque el control de constitucionalidad de los tratados le corresponde a la Corte Constitucional (CP 241(10)). Otra razón para rechazarla se basó en el hecho de que la acción popular buscaba más una declaratoria de inconstitucionalidad que la protección de derechos colectivos. Estas acciones consideraron que la promoción de la inversión extranjera y las privatizaciones eran las principales amenazas para los derechos.<sup>32</sup>

La jurisprudencia constitucional que se ha producido hasta el momento, como consecuencia de los diferentes controles automáticos de constitucionalidad realizados a los TLC firmados por Colombia<sup>33</sup>, ha sido en general unánime como

---

Colombia: Avant-garde or Case Law Transplant? A Literature Review”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, n° 1, pp. 145-182.

<sup>29</sup> Hector Alfredo Suárez y Javier Rincón, “Escrito de impugnación del TLC”, en: Libardo Herreño et al., *El TLC es Constitucional?* (Bogotá: Ilsa, 2008), p. 149.

<sup>30</sup> *Ibid*, 151-152.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, sentencia 25000-23-27-000-2005- 01725-01 (AP) de 06.07.2006

<sup>32</sup> Otras acciones populares fueron presentadas pero también se rechazaron con los mismos argumentos, e.g. la acción popular presentada por la industria farmacéutica nacional para excluir a las farmacéuticas multinacionales de la negociación del TLC con EEUU. Consejo de Estado AP 25000-23-25-000-2003-00136-01 (AP) de 01.03.2007.

<sup>33</sup> El estudio tuvo en cuenta los TLC firmados por Colombia que han sido objeto de control automático de constitucionalidad: EEUU (Leyes 1143/07 y 1166/07, senten-

a continuación se explicará. La Corte reconoce que aunque el principal propósito de estos acuerdos es la liberalización del comercio, también regulan otros aspectos como temas fitosanitarios, de propiedad intelectual, laborales y medioambientales. Por lo tanto, su aplicación y ejecución puede afectar derechos fundamentales y en esa medida deben respetar el bloque de constitucionalidad.<sup>34</sup> Los argumentos en contra de estos TLC, basados en potenciales pérdidas económicas, fueron rechazados porque estos son temas de conveniencia y no de constitucionalidad que le corresponden al gobierno. La Corte además considera que como no hay hechos que analizar en estos controles automáticos de constitucionalidad, no se debe hacer un control estricto de constitucionalidad, el cual solo se puede realizar cuando se ejecuten los tratados. Sin embargo, resaltó que las autoridades encargadas de su ejecución deben cumplir con el bloque de constitucionalidad. En consecuencia este control es un análisis *a priori*, que no constituye cosa juzgada definitiva y por ende es posible utilizar las acciones constitucionales para proteger derechos fundamentales que puedan resultar afectados con la aplicación y ejecución de los TLC.

En líneas generales la Corte encontró que los TLC analizados respetan los derechos fundamentales al trabajo (53 CP), al medio ambiente sano (79 CP), y el bienestar público, y de manera simultánea promueven la integración (226-7 CP) y los principios del derecho internacional (CP (9) y la Convención de Vienna (26)), en particular los derivados de la OMC, CAN (Decisión 598) y la ALADI. La Corte agregó que estos TLC hacen parte de una política de desarrollo (crecimiento del comercio a través de la inversión extranjera) que busca cumplir con los fines del Estado Social de Derecho.

La Corte resaltó que aunque hay gran similitud entre los TLC firmados por Colombia hasta ahora, los firmados con países europeos se acercan más al modelo de los acuerdos con la OMC (C941/10). También resalta que la Corte carece de competencia para verificar la conformidad entre la legislación nacional y los tratados internacionales. Por consiguiente, el test de constitucionalidad tampoco puede verificar su conformidad con otros tratados internacionales como los aprobados dentro del marco de la OIT o con otros TLC. Además, el control automático de constitucionalidad tampoco debe evaluar su conveniencia o tomar posición en cuanto a diferencias en su interpretación, pues estas son competencias del ejecutivo y del legislativo en la negociación de estos acuerdos (principio *in dubio*

---

cias C708/08 y C751/08), Chile (Ley 1189/08 y sentencia C031/09); El Salvador, Guatemala y Honduras (Ley 1241/08 y sentencia C446/09); Canadá (Leyes 1363/09 y 1411/10 sentencias C608/10 y C187/10); EFTA (Leyes 1372/10 y 1513/12 sentencias C941/10 y C714/12).

<sup>34</sup> El principal precedente de éstas sentencias que analizaron TLC fue la sentencia C864/06, que realizó el control de constitucionalidad del Acuerdo Económico de Complementación CAN-MERCOSUR.

*pro legislatoris*). Solamente en caso de que se limiten derechos fundamentales, el test de constitucionalidad y proporcionalidad (método de argumentación jurídica) se convierte en estricto: los objetivos de la medida deben ser constitucionales y las restricciones impuestas deben ser adecuadas (la Corte establece que esto aplica en particular para los derechos a la salud, al trabajo, y la protección de minorías). Finalmente, la constitucionalidad de los FTA es un control integral que depende no solo del respeto al bloque de constitucionalidad sino de la preservación *de facto* del equilibrio inicialmente alcanzado por las partes. Las normas que se promulgan para ejecutar el TLC pueden ser objeto de control judicial.

### *Algunas observaciones respecto de la jurisprudencia constitucional*

La Corte Constitucional Colombiana ha declarado unánimemente la constitucionalidad de los TLC que hasta el momento han sido objeto del control automático de constitucionalidad. El método de interpretación y decisión es la argumentación jurídica. De esta manera la jurisprudencia en materia de TLC aclara que se trata de un control de constitucionalidad *a priori* sin carácter de cosa juzgada (*res judicata*). Esto significa que es aún posible someter a análisis de constitucionalidad los actos y leyes que implementen estos tratados. Esta interpretación, no parece ser una aplicación de la Constitución que establece que el control automático de constitucionalidad analiza los tratados de manera definitiva (y no *a priori*) (241 CP), la cual tiene como propósito dar seguridad jurídica a los tratados después de su ratificación (*pacta sunt servanda*) y en consecuencia, puede ser problemático a nivel internacional cuando se plantee un posible incumplimiento de tratados.

La Corte también apoya el potencial uso de las acciones constitucionales contra los actos y reglas que ejecuten el TLC y puedan violar el bloque de constitucionalidad. La Corte en este punto si reconoce que esto puede crear un problema a nivel internacional, en caso de que el TLC no pueda implementarse porque ello significaría una violación de derechos fundamentales. El tema entonces tendrá relevancia únicamente en la medida en que se trate de normas de los TLC que tienen carácter vinculante (*hard law*), pero frente a normas no exigibles desde el punto de vista del derecho internacional (*soft law*) la amenaza de posibles medidas retaliatorias desaparece, entonces los fallos de la Corte no tendrían implicaciones a nivel internacional.

Estas sentencias, aunque enfatizan la supremacía del bloque de constitucionalidad sobre los TLC evitan analizar los conflictos que ya han sido analizados a nivel nacional e internacional y que fueron planteados en los procesos de constitucionalidad (e.g. las medidas fitosanitarias y la biodiversidad; la propiedad intelectual y el acceso a medicamentos; los Acuerdos de Agricultura y la seguridad alimentaria y el desarrollo).<sup>35</sup> Al contrario, ha sido constante la argu-

---

<sup>35</sup> Van Hees, *op cit.*

mentación de la Corte en el sentido de que estos TLC son constitucionales porque respetan las reglas de la OMC (Cf. C750/08 C941/10), a pesar de que el análisis de constitucionalidad no incluye la confrontación entre acuerdos internacionales, y menos aun si se tiene en cuenta que los acuerdos de la OMC no hacen parte del bloque de constitucionalidad. En esta ocasión la Corte redujo su activismo judicial, que hubiera podido emplear mediante fallos condicionados en ciertos temas, y lo que hizo fue posponer el problema a futuras demandas de inconstitucionalidad, una vez que los TLC ya estén en vigor y ratificados. Hasta ahora casi todas las leyes que han implementado el TLC con los EEUU (e.g. aquellas que aprueban algunas convenciones de la OMPI) han sido declaradas como constitucionales. Falta por decidir algunas demandas de inconstitucionalidad en temas tan controversiales como biodiversidad y conocimientos tradicionales (Cf. Ley 1518/12 que aprueba la convención de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)).

Solamente se podrán determinar los efectos de estos fallos de constitucionalidad que privilegian derechos constitucionales sobre normas de liberalización comercial cuando se declare la inconstitucionalidad de normas contenidas en TLC que sean internacionalmente exigibles (i.e. susceptibles de ser llevadas ante un Tribunal de Solución de Disputas), y se condene a Colombia.