



TLC: Capítulo Ambiental Entre la Teoría y la Práctica

Jimena Puyo Posada. Asistente de Investigaciones ICP

Eduardo José Sánchez Sierra. Director de Investigaciones ICP

Resumen Ejecutivo

Del análisis de los capítulos ambientales de los Tratados de Libre Comercio (TLC) de Estados Unidos firmados con México, Chile y Centro América, además del que está pendiente con Colombia, se derivan aspectos bastante interesantes, en especial las evidentes asimetrías en las que se incurrió al atar el cumplimiento del TLC a la pertenencia a acuerdos sobre medio ambiente de carácter multilateral, las cuales indirectamente abren el camino para generar una especie de *dumping ambiental* a favor de los Estados Unidos y de consecuencias indeterminadas para Colombia. Por otra parte, los mecanismos de resolución de controversias y la participación del público, si bien marcan un punto de referencia para posteriores tratados, no garantizan que ante una reclamación de una de las Partes, se llegue a una rápida y efectiva solución.

El reconocimiento sobre la importancia que la biodiversidad tiene para el país y el espíritu de cooperación con el que cuenta el Tratado, son aspectos positivos que también deben ser valorados, pues en ningún otro TLC firmado por Estados Unidos, se había llegado a semejante nivel de profundidad. Es importante aprovechar al máximo las disposiciones contempladas, en especial las derivadas de la creación del Consejo de Asuntos Ambientales, así como apoyar la iniciativa privada para vigilar el cumplimiento de la legislación ambiental en ambos países.

En la primera parte de este texto se mostrará un cuadro que expone de manera general el contenido de los capítulos ambientales de diferentes Acuerdos Comerciales celebrados por Estados Unidos hasta llegar al celebrado con Colombia que será el tema central a tratar. En segunda parte, y ya enfocados en el TLC entre Colombia y Estados Unidos, se retomarán los puntos más relevantes del capítulo ambiental así como lo establecido en los capítulos sobre Inversión y sobre Propiedad Intelectual que tengan incidencia en el tema ambiental.

EVOLUCIÓN DEL TEMA AMBIENTAL EN LOS TLC CELEBRADOS POR ESTADOS UNIDOS

Para mirar la evolución del tema ambiental se mostrará un cuadro donde se resume el contenido relativo a los capítulos laborales de los TLC celebrados por Estados Unidos con Chile, América Central (CAFTA) y Colombia respectivamente. Por su parte, el Tratado celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), no será incluido en el cuadro por cuanto la alusión al tema ambiental es en extremo pobre; se incluyeron dos disposiciones dentro del capítulo II relativo a la Inversión, dirigidas básicamente a proteger a los inversionistas y a evitar el denominado *dumping* ambiental. Se dispuso entonces que las Partes podrían ejecutar cualquier medida para asegurar las inversiones en su territorio “tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental” y que ninguna de las Partes podría alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas relativas a la salud, la seguridad o el medio ambiente, pues esto podría llegar a constituir una ventaja comercial desleal”. Por otro lado, los inversionistas tienen la facultad de demandar directamente al Estado cuando consideren que alguna de las disposiciones del capítulo de inversiones ha sido incumplida.

Fácilmente agotado el NAFTA, y considerando obviamente inconveniente una regulación tan exigua del tema, a continuación se mostrará el anunciado cuadro comparativo.

	<i>TLC CHILE</i>	<i>CAFTA</i>	<i>COLOMBIA</i>
OBJETIVOS	Se establece como objetivo el apoyo mutuo entre las políticas comerciales y las ambientales para lograr un desarrollo sostenible donde no resulte afectado el comercio entre las Partes o el medio ambiente en alguna de ellas.		
NIVELES DE PROTECCIÓN	Art.19.1 Se reconoce la soberanía de las Partes para crear y modificar sus leyes ambientales. Las Partes deben asegurar que se garantice un alto nivel de protección ambiental y en esa medida se esfuerzan por incrementarlo.	Art.17.1 Se reconoce la soberanía de las Partes para crear y modificar tanto sus leyes como sus políticas ambientales. Las Partes deben asegurar garantizar un alto nivel de protección ambiental y se esforzarán por incrementarlo.	Art. 18.1
FISCALIZACIÓN	Art.19.2 Se les prohíbe a las Partes dejar de aplicar su Legislación Ambiental por un curso de acción o inacción de tal forma que perjudique el comercio y se les prohíbe también promover el comercio a través de la disminución de los niveles de protección ambiental. Esta es la única obligación que en caso de incumplimiento puede activar el mecanismo de Solución de Conflictos después de agotadas las Consultas. Sin embargo, las Partes mantienen el derecho a tomar sus propias decisiones en relación con asuntos de investigación, procesales, regulatorios, y de cumplimiento, y a “tomar decisiones en relación con la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se haya asignado una mayor prioridad”.	Art.17.2	Art 18.2
CONSEJO DE ASUNTOS AMBIENTALES	Art.19.3 Se establece un Consejo de Asuntos Ambientales formado por representantes de nivel ministerial encargado de supervisar la implementación del Mecanismo de Cooperación Ambiental.	Art.17.5 Se establece un Consejo de Asuntos Ambientales formado por representantes de nivel ministerial encargado de supervisar la implementación del Mecanismo de Cooperación Ambiental y se estipula que se designe un punto de contacto en el Ministerio respectivo. Con excepción del Art. 17.8 las decisiones deberán ser tomadas por consenso. Además se señala que el Consejo “incluirá una	Art.18.4.5. Se establece un Consejo de Asuntos Ambientales formado por representantes de nivel ministerial y se estipula que se designe un punto de contacto en el Ministerio respectivo. El Consejo deberá discutir sobre la implementación del capítulo ambiental; enviar informes periódicos a la Comisión de Libre Comercio; posibilitar la participación del público y procurar resolver las Consultas a que alude el art. 18.11.4. Todas las decisiones serán públicas salvo que el Consejo disponga otra cosa y

		sesión en la cual los miembros del Consejo tengan la oportunidad de reunirse con el público para discutir asuntos relacionados con la implementación del Capítulo sobre Medio Ambiente.	se tomarán por consenso excepto en los casos de los Arts.18.8.2 y 18.8.7 ¹ y cada reunión tendrá una sesión en la cual los miembros del Consejo puedan reunirse con el público a discutir la implementación del capítulo ambiental.
PARTICIPACIÓN PÚBLICA	Art.19.4 Se garantiza la provisión, recepción y consideración de las comunicaciones del público sobre asuntos relacionados con el ambiente. Cada Parte se esforzará al máximo para responder favorablemente a las solicitudes de celebrar consultas que efectúen “personas u organizaciones en su territorio”.	Art.17.6 Art. 18.6 Se garantiza la provisión, recepción y consideración de las comunicaciones del público sobre asuntos relacionados con el Ambiente. Cada Parte se esforzará al máximo para responder favorablemente a las solicitudes de celebrar consultas realizadas “por personas de esa Parte”. Aquí radica la diferencia con lo establecido en el TLC con Chile pues en aquel, las solicitudes pueden ser realizadas por cualquier persona u organización, mientras que en el CAFTA y el TLC con Colombia solo podrán realizarlas un nacional o una empresa de la Parte.	
COOPERACIÓN AMBIENTAL	Art. 19.5 Las Partes se comprometen a promocionar actividades cooperativas relativas a cualquier materia ambiental que consideren apropiada. Se establece a su vez el Anexo 19.3 en el cual se enumeran todos los proyectos de cooperación que han sido identificados durante el proceso de negociación del Tratado.	Art. 17.9 Las Partes se comprometen a promocionar actividades cooperativas relativas a cualquier materia ambiental que consideren apropiada. Las Partes reconocen ciertas áreas prioritarias de cooperación y establecen una Comisión de Cooperación Ambiental, responsable del desarrollo, revisión periódica y actualización de un programa de trabajo que refleje las prioridades nacionales en materia de cooperación. Se establece a su vez el Anexo 17.9 donde solamente se menciona la necesidad de crear un marco de referencia para la cooperación ambiental.	Art. 18.9 Las Partes reconocen la importancia de relaciones de cooperación en materia laboral y se comprometen a ensancharlas, incluyendo el fortalecimiento y desarrollo de la protección, prácticas y tecnologías ambientales. Se dispone que las actividades cooperativas relativas a cualquier materia ambiental que consideren apropiada se llevarán a cabo conforme al ACA (Acuerdo de Cooperación Ambiental) ² , y serán coordinadas y dirigidas por la Comisión de Cooperación Ambiental.
CONSULTAS	Art.19.6 Art.17.10 Art. 18.11 Se establece un mecanismo de consulta mediante el cual se buscan soluciones satisfactorias mutuas ante cualquier dificultad que pueda surgir entre las Partes. El capítulo contempla la posibilidad de consultar con expertos o mediadores. Es necesario hacer uso de este mecanismo antes de recurrir a cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos. Si el asunto se refiere al cumplimiento de una de las Partes de su legislación y/o sus políticas ambientales, y las Partes no logran resolverlo dentro de los plazos estipulados, la Parte requirente podrá acudir a los mecanismos dispuestos en el capítulo sobre Solución de Controversias, y seguir los pasos establecidos en este capítulo; el primero será el mecanismo de Consultas (diferente al establecido para el capítulo ambiental en		

¹ El artículo 18.8.7 relativo a “Solicitudes sobre Asuntos de Cumplimiento” establece que cualquier persona de una de las Partes podrá presentar una solicitud invocando aplicar efectivamente su legislación ambiental ante una secretaria dispuesta por las Partes mediante cartas de entendimiento. Este artículo determina los criterios para considerar si la solicitud amerita la respuesta de la Parte y de ser así le será remitida para que dé respuesta. Si recibida la respuesta, la Secretaría considera que se justifica abrir un expediente de hechos regulado por el artículo 18.8, así se lo informará al Consejo de Asuntos Ambientales. La secretaria preparará un expediente de hechos si así se lo pide algún miembro del Consejo. Esta es la excepción correspondiente al art. 18.8.2 sobre la toma de decisiones del Consejo por consenso porque basta que un solo miembro le pida a la Secretaría preparar el informe para que esta esté obligada a ello. La excepción correspondiente al art. 18.8.7 es la obligación que tiene la secretaria de hacer público el informe si cualquiera de los miembros del Consejo así se lo pidiere.

² El “Acuerdo de cooperación ambiental” fue negociado paralelamente al capítulo ambiental y proporciona un marco de trabajo para llevar a cabo actividades relacionadas con el medioambiente y establecer la “Comisión de cooperación ambiental”.

	particular), luego interviene la Comisión que podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación y la mediación y finalmente el último eslabón es la intervención del Panel Arbitral. (Ver: “Mecanismos de Resolución de Controversias en el TLC: Asuntos Laborales”, ICP, 2007).		
REGLAS DE PROCEDIMIENTO	<p>Art.19.8</p> <p>Se estipula que cada Parte procurará que se disponga de instancias judiciales, cuasijudiciales o administrativas según esté previsto en la legislación interna de la Parte para sancionar o remediar violaciones a sus normas ambientales. Se requiere que aseguren el debido proceso y que existan sanciones y reparaciones apropiadas para las infracciones a su legislación ambiental.</p>	<p>Art.17.3</p> <p>Se estipula que cada Parte procurará que se disponga de instancias judiciales, cuasijudiciales o administrativas según esté previsto en la legislación interna de la Parte para sancionar o remediar violaciones a sus normas ambientales. Se requiere que aseguren el debido proceso y que existan sanciones y reparaciones apropiadas para las infracciones a su legislación ambiental. Se estipula expresamente que este capítulo no faculta para examinar bajo el Tratado si las decisiones adoptadas por los tribunales han aplicado apropiadamente su legislación interna.</p>	<p>Art. 18.3</p> <p>Se estipula que cada Parte procurará que se disponga de instancias judiciales, cuasijudiciales o administrativas según esté previsto en la legislación interna de la Parte para sancionar o remediar violaciones a sus normas ambientales. Se requiere que aseguren el debido proceso y que existan sanciones y reparaciones apropiadas para las infracciones a su legislación ambiental.</p>
RELACIÓN CON LOS TRATADOS AMBIENTALES	<p>Art.19.9.</p> <p>Las Partes reconocen la importancia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Reconociendo que en la <i>Declaración Ministerial, adoptada en Doha, el 14 de noviembre de 2001</i>, “los Miembros de la OMC han acordado efectuar negociaciones sobre la relación que existe entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, las Partes se consultarán en qué medida los resultados de las negociaciones son aplicables a este Tratado.”</p>	<p>Art. 17.12</p> <p>Las Partes reconocen la importancia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente de los cuales todos sean parte y reconocen la posibilidad de que las Partes examinen las negociaciones en curso dentro de la OMC sobre los acuerdos ambientales multilaterales.</p>	<p>Art. 18.12</p> <p>Las Partes reconocen la importancia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente a los cuales ambos pertenezcan. Cada Parte reconoce para sí la importancia de los Acuerdos Ambientales de los cuales es parte.</p>
PRINCIPIOS DE GESTIÓN EMPRESARIAL	<p>Art.19.10</p> <p>El artículo procura alentar a las empresas que operan dentro del territorio o jurisdicción de la Parte, para que incorporen principios sólidos de gestión empresarial en sus políticas internas.</p>		

MECANISMOS PARA MEJORAR EL DESEMPEÑO AMBIENTAL		Art.17.4	Las Partes reconocen la importancia de crear y alentar mecanismos voluntarios e incentivos para el mejoramiento ambiental, bien sea a través de asociaciones que involucren al sector empresarial, las comunidades locales, las ONG, las entidades gubernamentales y las organizaciones científicas; intercambios de información y mecanismos para la mejor preservación del medio ambiente o de incentivos comerciales cuando sea apropiado.
COMUNICACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACION LABORAL Y EXPEDIENTE DE HECHOS Y COOPERACIÓN RELACIONADA	Arts. 17.7 y 17.8	Arts. 18.7 y 18.8	Regulan quién puede elaborar un expediente, qué se debe incluir en él, cuál es el organismo ante el cual hay que presentarlo, cuáles son las condiciones para que el expediente sea procesado, y quién decide sobre la materia. La presentación de una comunicación deberá tener como fin promocionar la aplicación efectiva de la legislación ambiental interna, y puede ser presentada por cualquier persona de una Parte. En vista de que existe un Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, hay un procedimiento especial para la presentación de una comunicación por una persona que resida o que esté establecida en el territorio de los Estados Unidos, mediante la cual esa persona informa que los Estados Unidos están incumpliendo en aplicar efectivamente su legislación ambiental. El resultado final será un expediente de hechos que podrá estar disponible al público si el Consejo, por un solo voto de cualquiera de las Partes, así lo decide, así como las recomendaciones del Consejo para la Comisión de Cooperación Ambiental relacionadas con los aspectos mencionados en el expediente de hechos.
DIVERSIDAD BIOLÓGICA			Art.18.10 Las Partes reconocen la importancia de conservar la diversidad biológica y su rol en el desarrollo sostenible, así como la importancia de respetar y conservar las tradiciones y prácticas de sus comunidades indígenas y otras comunidades, y se permite la participación del público en lo relativo a la conservación de la diversidad biológica.

TLC COLOMBIA- ESTADOS UNIDOS

La inclusión de disposiciones ambientales dentro del TLC pretende evitar que el incumplimiento de leyes o políticas ambientales afecte el comercio entre las Partes. Concretamente, esta situación que afecta el comercio se denomina *dumping* ambiental y consiste en una situación de competencia desleal originada en el beneficio obtenido por un exportador que saca ventaja en el precio final de un determinado producto al desconocer las leyes o políticas relativas a la protección del medio ambiente que imperan en su legislación interna. Es por esto que el capítulo ambiental básicamente gira en torno a la obligación que se le impone a las Partes de aplicar sus legislaciones ambientales internas y de que éstas garanticen un nivel alto de protección al medio ambiente. Es así cómo cada Parte

es soberana para crear o modificar sus leyes o políticas ambientales siempre y cuando no se desconozca esta exigencia sobre niveles altos de protección.

La primera reflexión que surge entonces es que la protección del medio ambiente en Colombia dependerá en gran medida de la capacidad institucional de hacer cumplir las leyes y políticas ambientales consagradas en nuestra legislación y de crear las que se consideren necesarias para salvaguardar nuestros recursos naturales.

Se debe destacar lo que se pactó en relación con la vinculación de las Partes a otros Acuerdos Multilaterales relativos al medio ambiente, pues tal como quedó estipulado puede representar una situación de desventaja para Colombia. Para entenderlo se debe tener presente que Colombia ha ratificado la mayoría de los principales acuerdos multilaterales en materia de medio ambiente, mientras que Estados Unidos no lo ha hecho³. En el Tratado, se estableció que las Partes reconocerán la importancia de los acuerdos multilaterales a los cuales todos pertenecen (Art. 18.12), y a su vez se consignó que “cada Parte reconoce la importancia para sí de los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales es parte”. Esto quiere decir, que los acuerdos ambientales multilaterales que no han sido ratificados por Estados Unidos pero sí por Colombia, 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 *dumpling ambiental* al estar en capacidad de vender productos a un menor precio, gracias a la laxitud ambiental que pueda existir y sin que esto pueda ser demandado por Colombia.

Tal como se comenzó diciendo, la obligación principal que impone el capítulo ambiental del Tratado a las Partes es la de aplicar su legislación ambiental interna, siendo esta la única obligación, que de incumplirse, y siempre y cuando tenga repercusiones que afecten el comercio entre las Partes, podrá dar lugar a la activación de los mecanismos de Consultas y de Solución de Controversias. Como ya se ha estudiado en otros espacios⁴, la ambigüedad y la exagerada extensión de los plazos en el proceso de Solución de Controversias, sumado al hecho de que la última instancia posible, que es el fallo arbitral de un panel, no es de carácter obligatorio sino que son las mismas Partes las que deben solucionar el conflicto, en caso de disputas, las Partes se encontrarán con unos mecanismos de solución de controversias bastante ineficaces. Se tendrá que poner especial atención al buen funcionamiento del aparato judicial nacional y las garantías procesales para los casos en que se violen disposiciones relativas al medio ambiente y no se tramiten de acuerdo con el Tratado sino conforme a las leyes internas, que serán muchos casos, pues ya se dijo el único evento en que podrán funcionar los mecanismos de Solución de Controversias de acuerdo con el Tratado.

Uno de los factores que ha causado preocupación es lo dispuesto en los capítulos del Tratado sobre Inversión y sobre Propiedad Intelectual. Respecto al primero, a pesar de que establece que nada de lo dispuesto en él, impide que las Partes adopten, mantengan o hagan cumplir medidas para asegurar que las inversiones se realicen tomando en cuenta las inquietudes ambientales (art. 10.11), y también establece que en caso de presentarse cualquier incompatibilidad entre ese capítulo y cualquier otra, se preferirá el otro (Art.10.2), se determina que las Partes podrán hacer acuerdos de inversión para la explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución y venta de los recursos naturales controlados por una autoridad nacional. El gobierno central tendrá que ser muy cuidadoso en aplicar a los inversionistas extranjeros de forma responsable y rígida la legislación ambiental que opere sobre recursos naturales que tenga bajo su control, sería también conveniente invitar a los interesados en el tema, a que creen algún tipo de mecanismo de vigilancia de tipo social, que sumado a los esfuerzos del Estado, se encargue de vigilar el apropiado cumplimiento de la legislación ambiental.

³ Por ejemplo, los siguientes acuerdos multilaterales han sido ratificados por Colombia más no por Estados Unidos: el Protocolo de Kioto sobre el cambio climático, el Convenio de Basilea para el Control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)

⁴ Ver “Mecanismos de Resolución de Controversias en el TLC: Asuntos Laborales”, ICP, 2007

Por su parte, el capítulo de Propiedad Intelectual en su artículo 16.9 insta a las Partes a realizar todos los esfuerzos para otorgar patentes sobre animales y plantas, lo cual, teniendo en cuenta la gran diversidad que hay en Colombia, paralelamente al creciente interés de Estados Unidos por las investigaciones relacionadas con manipulación genética, vacunas, transgénicos, etc., pone de manifiesto el potencial riesgo que tenemos de no implementar una actividad de fiscalización y examen muy serio frente a las patentes que se otorguen.

Ahora bien, comparando el capítulo ambiental del TLC negociado por Estados Unidos con Colombia con los negociados con Chile y los países de Centroamérica, el de Colombia incluye las disposiciones integradas en aquellos e incorpora otras que no fueron incluidas en éstos, resaltando por ejemplo, la importancia que reconocen las Partes sobre la preservación de la diversidad biológica. Tal vez se dejó por fuera un tema de importancia que ha sido incluido solo en el TLC con Chile, sobre la inclusión de principios de gestión empresarial que procura alentar a las empresas que operan dentro del territorio o jurisdicción de la Parte, para que incorporen principios sólidos de gestión empresarial en sus políticas internas.

Por último, desestimamos las preocupaciones que han manifestado algunos sectores por causa de la definición que trae el TLC sobre el territorio colombiano. Estos sectores argumentan que por no haberse incluido en tal definición el subsuelo, el mar territorial, la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético ni la plataforma continental, las trasnacionales podrían apropiarse de los recursos que se encuentren en estos espacios sin necesidad de pagar ningún tipo de regalías. Este argumento no tiene fundamento toda vez que la Constitución, que si define claramente el territorio e incluye todos estos elementos, es norma de normas y prevalece sobre el TLC que hace parte del bloque de constitucionalidad.