

3. Derecho Economía y Ambiente

*Jairo Estrada Álvarez**

Los tratados de libre comercio y la inversión extranjera. Notas acerca del marco jurídico institucional**

Fecha de Recepción: Marzo 3 de 2010

Fecha de aprobación: Marzo 30 2010

RESUMEN

En este trabajo se emprende un análisis sobre la economía política del ordenamiento jurídico de los tratados de libre comercio, considerando de manera específica el capítulo de inversiones del TLC suscrito por Colombia con Estados Unidos. El texto muestra cómo estos tratados se inscriben dentro del proceso de construcción de un nuevo orden jurídico económico supranacional, que avanza en las pretensiones de constitucionalización del proyecto neoliberal, y se constituye en un componente central de las tendencias de transnacionalización y de desnacionalización de la economía. El análisis del capítulo de inversiones del mencionado tratado permite mostrar precisamente algunos de los rasgos del nuevo derecho contenido en los TLC.

Palabras clave: Neoliberalismo, Derecho económico, Tratados de libre comercio Inversión extranjera.

ABSTRACT

This article engages in an analysis of the political economy of the legal norms involved in free trade agreements, specifically focusing on the chapter dealing with investments in the free trade agreement between Colombia and the United States. The text argues that in the process of their construction, these agreements inscribe a new legal economic order that is supranational and that advances in the pretensions to constitutionalize the neoliberal project. It also argues that these agreements are a central component in tendencies to transnationalize and denationalize the economy. The analysis of the capital on investments intends to demonstrate the characteristics of the new law contained in the free trade agreements.

Key-words: Neoliberalism, Economic Law, Free Trade Agreements, Foreign Investments.

* Doctor en Ciencias Económicas - Hochschule fuer Oekonomie Berlin. Profesor del Departamento de Ciencia Política, Director del Grupo interdisciplinario de estudios políticos y sociales, Coordinador académico de la Maestría en Estudios políticos latinoamericanos, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

** El presente trabajo hace parte de una investigación más amplia desarrollada por el autor acerca de los procesos de reforma estructural neoliberal y se inscribe dentro del propósito específico de elaborar una cartografía sobre los Derechos del capital en Colombia. Dicha investigación ha contado con el apoyo de la División de Investigaciones de la Sede Bogotá de la Universidad Nacional de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Un punto culminante de la constitución de un orden jurídico económico neoliberal, para la transnacionalización y la desnacionalización de la economía, ha sido la negociación y firma de tratados de libre comercio. Con ellos se ha pretendido y logrado, además, avanzar en la creación de un orden jurídico económico supranacional, una especie de constitución política del mercado total, que busca hacer irreversible los procesos de reforma económica neoliberal de los últimos lustros¹. Aunque la perspectiva de tal orden aún es incierta, dada la tendencia de los procesos políticos en América Latina, para los efectos de este trabajo interesa considerar que se trata en todo caso de un proyecto político en marcha, al cual no han renunciado aquellos sectores de las élites dominantes más claramente comprometidos con el proceso de neoliberalización. Dados los señalados cambios políticos, las trayectorias de los diferentes países de América Latina ha sido en ese sentido muy desigual y diferenciada.

La construcción del orden de los tratados debe comprenderse en la perspectiva de la continuación de una normatividad que, en todo caso, ya se ha introducido en Colombia, dada su pertenencia a la OMC, o merced a las condiciones de los acuerdos con el FMI o los préstamos de la banca multilateral como el BM o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), o al *alistamiento* de que ha sido objeto el ordenamiento jurídico económico interno. En ese sentido, la pretensión de un derecho supranacional no es nueva y representa un largo proceso que, en el caso de los tratados de libre comercio, lleva más de una década. Veamos.

LOS TLC Y EL CONSENSO DE WASHINGTON

En el marco de los diseños del Consenso de Washington, el Estado se constituyó en gestor y promotor de nuevos mercados y negocios para el sector privado y las multinacionales. Tales son los casos de la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), los servicios públicos domiciliarios, las telecomunicaciones y el sector minero-energético, entre otros. Al mismo tiempo, la política estatal incorporó en las legislaciones nacional-estatales –mediante los trámites previstos en la normatividad– los acuerdos de la OMC, y auspició convenios bilaterales de protección a los derechos de propiedad de las empresas multinacionales, como se ha mostrado en este trabajo. En igual sentido, se promovieron convenios bilaterales o subregionales de libre comercio, en el marco de lo que ha dado en caracterizarse como el *regionalismo abierto*, esto es, la conjunción de medidas de apertura económica como políticas de integración.

¹ En esta parte del texto me apoyo en algunas ideas de mi trabajo “La Constitución política del mercado total. Reflexiones a propósito del Área de Libre Comercio de las Américas”, publicado en Estrada Álvarez, Jairo (compilador), *Dominación, crisis y resistencias en el nuevo orden capitalista*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2003.

Las reformas neoliberales de los últimos lustros fueron a la par con lo que algunos autores han caracterizado como la emergencia de un nuevo orden (sistema de poder transnacional), que en gran medida se desvía del sistema interestatal anterior. Para Saskia Sassen

la mundialización económica no consiste solamente en superar las fronteras geográficas, tal y como pretenden las medidas de inversión y de comercio internacional; debe también transferir ciertas funciones ejercidas por la gobernanza pública nacional hacia arenas transnacionales privadas, y desarrollar, en el seno de los Estados-nación, los mecanismos propios para garantizar los derechos del capital mundial mediante actos legislativos, judiciales, circulares administrativas, etc., ya que los territorios existen hoy bajo el control exclusivo de sus estados, incluso si están en vías de desnacionalizar numerosos órdenes internacionales altamente especializados. Incluso si estas transformaciones, en el seno del Estado, son parciales y emergentes, son también estratégicas, como es también parcial y emergente, pero estratégico, el nuevo orden institucional privado en vías de colocarse para gobernar los aspectos claves de la economía mundial. Estas transformaciones pueden alterar aspectos esenciales del derecho internacional, de su extensión y de su exclusividad².

En el mismo sentido, pero limitando el objeto de estudio al Banco Mundial, Burgos señala que esta institución “está promoviendo desde fuera, una seria transformación de los órdenes jurídicos nacionales de algunos países, esto bajo las claves de un constitucionalismo económico dirigido a proteger los derechos de propiedad y generar obstáculos institucionales a potenciales cambios en las políticas neoliberales”³.

En este contexto deben valorarse los procesos de negociación y la firma de tratados de libre comercio (TLC). Con dichos tratados no se está simplemente frente al cierre del ciclo de reformas neoliberales, impulsadas por el Consenso de Washington. Los TLC representan más bien una de las expresiones institucionalizadas, en la forma de ordenamiento positivo, de las nuevas configuraciones del sistema de poder transnacional, del proceso de transnacionalización y desnacionalización de la economía. Desde los años noventa se constata una

institucionalización considerable de ‘derechos’ para las empresas no nacionales, para las transacciones fronterizas y para las organizaciones supranacionales. Esto pone a los Estados-nación en la obligación de sumarse

² Saskia Sassen, “Nueva geografía política. Un campo transfronterizo para actores públicos y privados”, en Estrada Álvarez, Jairo, *Dominación, crisis y resistencias en el nuevo orden capitalista*, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2003, p. 38. Véase también los trabajos de Christoph Scherrer “Global governance: Vom fordistischen Trilateralismus zum neoliberalen Konstitutionalismus”, en *Prokla, Zeitschrift fuer kritische Sozialwissenschaft*, Berlin, no. 118, 2000, y de Bernd Roettger, *Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation. Die politische Konstitution des Marktes*, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Muenster, 1997.

³ Germán Burgos Silva, *Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, D.C., 2009.

al proceso de mundialización. El consenso naciente, a menudo impuesto, en el interior de la comunidad de los Estados-nación acerca de perseguir la mundialización, ha creado a quienes participan en él, obligaciones particulares. De hecho, el Estado sigue siendo, en última instancia, el garante de los derechos del capital mundial, es decir el protector de contratos y de derechos de propiedad⁴.

LOS TLC Y EL ORDEN CAPITALISTA NEOLIBERAL

Aunque los TLC, desde el punto de vista jurídico-formal, se hacen aparecer como un proceso de negociación entre Estados, en sentido estricto representan más bien negociaciones entre Estados y empresas, en general, y sobre todo empresas multinacionales, en particular. Los TLC son expresivos de un proyecto de construcción de un orden capitalista privado, que regula relaciones entre empresas capitalistas privadas, en especial multinacionales, pero revestido con la forma estatal de la regulación y dotado con los mecanismos de protección que puede proveer el Estado. En su análisis sobre las nuevas configuraciones del poder transnacional, Sassen formula este planteamiento, muy adecuado para la comprensión tanto del proceso de los TLC como de la función del Estado en dicho proceso:

las empresas que operan a escala transnacional quieren que las funciones aseguradas tradicionalmente por el Estado, sobre todo la garantía de los derechos de propiedad y los contratos, continúen siéndolo. Creen que el Estado posee, en este dominio, una capacidad técnica y administrativa no reemplazable, de momento, por ninguna otra institución; más aún: esta capacidad se sostiene por el poder militar, por un poder mundial, en el caso de ciertos estados. Esta garantía de los derechos del capital la aporta un cierto tipo de Estado, una cierta concepción de los derechos del capital, un cierto tipo de régimen legal (...). Los Estados Unidos, poder hegemónico de este período, han conducido (y casi obligado) a los otros estados a adoptar estas obligaciones frente al capital mundial⁵.

La concreción de ese propósito se ha proyectado en América Latina sobre los acumulados de las políticas de liberalización comercial y de flexibilización a la entrada de inversión extranjera, así como sobre los procesos de reforma del Estado y, en general, de desregulación de la economía, que en Colombia llevan al menos dos décadas de política en ese sentido.

El orden (sistema de poder) transnacional posee, como uno de sus pilares fundamentales, el poder político, económico y militar del Estado de Estados Unidos. Dicho poder, que se ha erigido como un verdadero poder imperial, se reproduce en un ambiente de constante disputa por el control y el dominio hegemónico del espacio político, económico y social, con otros poderes constituidos dentro de un proceso que bien puede definirse como de transnacionalización regionalizada. Con ello se pone de manifiesto que un proyecto político de construcción de un nuevo orden transnacional, que responde a la lógica capitalista en general, no descarta la presencia

⁴ Saskia Sassen, op. cit., p. 38-39.

⁵ Ibid., p. 39.

de intereses capitalistas particulares o específicos, estructurados en una determinada dimensión del espacio. La Unión Europea es una clara expresión de ello; también los intentos de estructurar un centro de poder en Asia. Por ello, la noción de TLC no se circunscribe exclusivamente a negociaciones con Estados Unidos.

La constitución de un nuevo orden transnacional supone igualmente el dominio regional, el control hegemónico sobre el espacio territorial y las relaciones de producción que allí se constituyen y reproducen. Dicho dominio deviene en reafirmación de un proyecto político imperial determinado y en plataforma de proyección de intereses capitalistas específicos.

En ese contexto, los TLC deben ser comprendidos con una doble connotación. Por una parte, son la expresión muy elaborada de un proyecto político capitalista general, que se ha definido en esta parte del trabajo como la constitución política del mercado total. Por la otra, son al mismo tiempo la manifestación de unos intereses capitalistas específicos de Estados Unidos dentro de su proyecto político de consolidación de su poder imperial⁶. En la perspectiva de las clases dominantes de América Latina y El Caribe podría hacerse una lectura análoga. La coincidencia con el contenido capitalista general de los TLC no descarta la expresión y el trámite de intereses capitalistas particulares, como en efecto ocurre.

LOS TLC COMO NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL MERCADO

La noción de constitución política del mercado total se refiere al hecho de que los TLC contienen lo que podría definirse como la normatividad fundamental de un orden capitalista de mercado. Dicho orden descansa sobre dos presupuestos básicos de la organización económica capitalista: la protección a los derechos de propiedad privada y la garantía plena a la libertad económica. Esta última se entiende, por una parte, en su doble connotación: como libertad de empresa y como libre competencia. Y por la otra, en cuanto se trata de una construcción ideológica sobre supuestos ético-políticos del funcionamiento de la economía capitalista. El mercado total considera el hecho de que las regulaciones de los TLC apuntan a un copamiento completo de la actividad económica y social, justamente con fundamento en la pretendida libertad económica.

La constitución política del mercado total da cuenta de un ordenamiento que trasciende el derecho nacional-estatal o lo obliga a acondicionarse hacia un ordenamiento de carácter esencialmente supranacional. Este ordenamiento no sólo hace inocuo el derecho nacional, sino todo procedimiento nuevo de construcción de derecho en ese ámbito; en el mejor de los casos, lo sitúa en un nivel de reglamentación de la norma general. De esa forma, los TLC encarnan un proyecto profundamente antidemocrático y autoritario, no sólo por los rasgos de su proceso de formación; ante todo, porque cierran toda posibilidad –en el marco de la institucionalidad– para eventuales reformas o transformaciones sustanciales de la regulación económica. Como los contenidos del acuerdo serán ley para las partes –es decir, para los Estados firmantes– y estos reconocen la normatividad de los TLC como norma superior, cualquier desarrollo

⁶ Esta distinción posee, en sentido estricto, propósitos expositivos. Con ella se pretende resaltar que lo que está en juego en los TLC no son simplemente los intereses de Estados Unidos.

legislativo del orden nacional-estatal que se relacione con la materia del acuerdo debe hacerse en consonancia con la normatividad comprendida en él.

De esa forma es, cuando menos, evidente que la ya precaria función legislativa de los congresos o parlamentos de aquellos Estados latinoamericanos que suscriben TLC sufre un golpe certero. Con razón se ha señalado que con los TLC se pretenden hacer irreversibles las reformas estructurales de tipo neoliberal, al menos desde el punto de vista jurídico-formal. Una eventual reforma de la normatividad de los TLC requeriría un camino tortuoso, similar al de los procedimientos constitucionales de reforma, y, desde luego, la existencia de un balance distinto de poder, desfavorable –a lo largo del continente– a la política y la ideología del neoliberalismo. Los TLC imponen, en consecuencia, un tipo de acción política necesariamente de quiebre del orden institucional, incluyendo nuevos procesos constituyentes.

Por otra parte, la producción de normatividad relativa a los desarrollos específicos de los TLC queda en manos de los expertos que conforman las llamadas instancias técnicas de esos acuerdos. En ese sentido, los TLC reproducen a escala supranacional el esquema de gobierno de la economía impuesto por las tecnocracias neoliberales en el ámbito nacional-estatal y culminan el largo proceso de cesión (y extinción) de la soberanía estatal. El derecho de la soberanía deviene en el exclusivo derecho del capital, que fluye ahora libremente, en sus diversas formas, como capital productivo, como capital mercancía, como capital dinero. Tal derecho se constituye en uno de los pilares del nuevo orden (sistema de poder) transnacional, pues además de juridizar el proceso económico y los intereses del capital, los reviste, como corolario de ello, de legalidad.

Tal derecho es esencialmente un derecho privado, un derecho de las empresas transnacionales, aunque en su apariencia se muestra como otra institución del viejo derecho público internacional (interestatal). Por ello resulta ingenuo considerar a los TLC en el marco de los proyectos de integración económica.

Los TLC son complementarios de otros ordenamientos de la misma naturaleza, con los que se completa la compleja red normativa de dominio capitalista a escala hemisférica y mundial. Los TLC son expresivos de una cierta especialización del derecho económico de la nueva fase capitalista⁷. Su materia no comprende necesariamente los flujos del capital dinero (aunque sí algunas de sus formas, los llamados servicios financieros) o el ámbito de la política macroeconómica. En el primer caso, los Estados han legislado para desregular, especialmente con las reformas a los regímenes de banca central (la eliminación del control de cambios, incluida) y las reformas financieras que han activado al máximo los dispositivos especulativos del capitalismo. En el segundo, por vía de la legislación del FMI en el marco de sus programas de ajuste, se ha pretendido imponer una tendencia a la homogeneización de la política económica como política de estabilización macroeconómica (austeridad fiscal selectiva, control de la inflación, estabilidad de los tipos de cambio).

⁷ A manera de ejemplo, puede afirmarse que la producción de normatividad económica ha sido prolífica en la OMC, que ante el fracaso del proyecto AMI incursionó en campos que trascienden el comercio de bienes y servicios. En igual sentido, deben mencionarse las normas internacionales protectoras de los derechos de propiedad, que anticipan contenidos previstos del TLC.

La normatividad de los TLC representa, no sólo el proceso de vaciamiento de soberanía del Estado, sino de las transformaciones de su papel y de sus funciones en el marco del nuevo orden (sistema de poder) transnacional. Es equivocado aseverar, al menos por ahora, que se está asistiendo a un proceso de extinción del Estado nacional para dar lugar a una especie de *supraestado*. Las nuevas configuraciones del poder transnacional, así como la compleja relación entre sus formas localizadas y deslocalizadas, demandan un tipo de acción estatal de agenciamiento de la política, en el que a este le corresponden funciones tendientes a garantizar la orientación y el ejercicio de la política transnacional en el territorio nacional, incluida la preservación del nuevo orden jurídico transnacional. En ese sentido, el Estado desempeña funciones semejantes a las de una especie de policía administrativa local, de supervigilancia y control, que han de complementarse con los dispositivos propios de la administración de justicia y del ejercicio físico de la fuerza (militar).

Los TLC como derecho del capital no incorporan aspectos que pudieren afectar su tasa de ganancia. Por eso, se trata de una constitución política del mercado en la que no hay lugar a la inclusión de normas laborales, sociales o ambientales (cuando las hay, sus alcances son muy limitados y persiguen desactivar eventuales presiones políticas). Éstas se consideran interferencias innecesarias al libre funcionamiento del mercado, que alterarían, por tanto, su capacidad para asignar eficientemente los recursos⁸. Por otro lado, los TLC tampoco incorporan el derecho a la libre movilización, pues al tiempo que se liberan las fronteras para el flujo del capital en sus diversas modalidades, se mantienen y se refuerzan las restricciones de ingreso, especialmente a Estados Unidos. Ahí fenece el concepto de libertad económica. La libre movilización sólo está prevista para las personas de negocios. Los desplazamientos de población y las migraciones internas, así como los efectos políticos, económicos, sociales y culturales que ellas producen, serán otras de las tareas locales a enfrentar por el Estado. La inexistencia del derecho a la libre movilización se constituye en un factor de garantía para invertir en un contexto de condiciones laborales precarias y de bajo costo de la fuerza de trabajo.

Finalmente, debe decirse que aquí se ha considerado un proyecto capitalista en pleno proceso de implantación, no culminado, en todo caso. Si se logra concretar de acuerdo con los diseños aquí analizados, eso aún está por verse. Sus condiciones de posibilidad se encuentran también en función de la resistencia, del movimiento, del contrapoder que puedan desplegar los pueblos de América Latina y El Caribe y los trabajadores de América del Norte. Tal resistencia, no sometida a estudio en este escrito, se inscribe dentro de la nueva acción política que viene provocando la configuración del nuevo orden (sistema) de poder transnacional. La perspectiva se propone entonces en términos de una supranacionalización del orden jurídico económico neoliberal, que aquí se ha caracterizado como la constitución política del mercado total.

⁸ Es conveniente señalar que este trabajo no se ha trazado el propósito de examinar los posibles efectos económicos y sociales de los TLC. El impacto de las reformas neoliberales del Consenso de Washington es ya un indicador por demás significativo. La inestabilidad política, el desastre económico, el aumento de la pobreza y el desempleo en América Latina y El Caribe son ya expresiones de escenarios, probablemente más agudos y complejos, previsibles en un contexto de TLC.

LOS TLC COMO PROLONGACIÓN Y CULMINACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE TRANSNACIONALIZACIÓN

Pese a las cada vez más contundentes evidencias sobre la naturaleza de los tratados de libre comercio como expresión institucional de un nuevo sistema de poder transnacional, y del proceso de transnacionalización y desnacionalización, existen numerosos trabajos que pretenden hacer aparecer estos acuerdos como parte de un proyecto de integración económica interestatal, en un contexto de transformaciones estructurales que en todo caso reconocen. Además de las versiones apoloéticas de los gobiernos que han impulsado tales acuerdos, me refiero a los trabajos producidos en el entorno de la Cepal y del Bid. Los TLC serían una expresión más elaborada y de mayor cobertura de los acuerdos de *nueva generación*, o de *integración profunda* firmados a lo largo de la década de los noventa del siglo pasado, en el marco del *regionalismo abierto* o del *nuevo regionalismo*.

La caracterización de nueva o *segunda generación* hace referencia al hecho de que los acuerdos trascienden la esfera de la liberación comercial, para “incorporar eficazmente las denominadas nuevas disciplinas en materia de servicios, derechos de propiedad intelectual, inversiones, etc., así como iniciativas complejas como la de la coordinación de la política macroeconómica”⁹.

El concepto de *integración profunda* da cuenta del propósito de los acuerdos de segunda generación.

*Es decir, la inclusión creciente de disciplinas en áreas que antes se abrían considerado exclusivamente del ámbito interno. Hoy en día, los acuerdos contribuyen no solamente a estimular el comercio mediante la reducción de los obstáculos en la frontera –el objetivo principal de los acuerdos tradicionales–, sino también a promover avances en ámbitos de políticas más amplios que aquellos vinculados al intercambio de bienes, como en materia de condiciones de acceso a los mercados de servicios, en política de competencia o en el ámbito regulatorio. De esta manera, se aumenta la disputabilidad (contestability) internacional de los mercados nacionales, impidiendo así que barreras internas limiten la liberalización comercial*¹⁰.

La formulación *regionalismo abierto* ha sido propagada por la Comisión Económica para América Latina, CEPAL, para *actualizar* sus tesis sobre la integración económica en el marco de las transformaciones neoliberales de los años de 1990. Dicha formulación daría cuenta “de la complementariedad que existe entre los procesos generales de apertura comercial y la integración”; sería expresiva además de “una

⁹ Enrique Iglesias, “Doce lecciones de cinco décadas de integración regional en América Latina y El Caribe”, en *Revista Integración & Comercio* N° 13 (enero-abril), BID-INTAL, Buenos Aires, 2001, p. 137.

¹⁰ Renato Baumann / Inés Bustillo y otros. “Los procesos de integración de los países de América Latina y El Caribe 2000-2001: avances, retrocesos y temas pendientes”. Bid-Intal, División de Comercio Internacional e Integración, *Serie Comercio internacional* no. 25, Santiago de Chile, septiembre de 2002, p. 11.

concesión histórica implícita a las ideas cepalinas que habían servido para justificar la integración regional en épocas anteriores”¹¹.

El término *nuevo regionalismo* se encuentra dentro de la misma línea de interpretación del *regionalismo abierto* y hace parte del lenguaje institucional del Banco Interamericano de Desarrollo, Bid:

*El Nuevo Regionalismo de hoy es un componente de un proceso de reforma estructural encaminado a hacer que nuestras economías sean más abiertas, se basen en mayor medida en el mercado, sean más equitativas desde el punto de vista social y democrático y, a escala internacional, sean más competitivas en una economía mundial en proceso de globalización*¹².

La tesis implícita en estas conceptualizaciones consistente en que los procesos de integración no serían antagónicos con los tratados de libre comercio o con los procesos de liberalización del comercio mundial en el marco de la OMC, es válida, pero sólo en el sentido de la coincidencia de las líneas gruesas de unos y otros acuerdos, inspirados todos, en mayor o menor medida, en el ideario dominante del neoliberalismo. No así, en las pretendidas concesiones a las tesis del *regionalismo abierto*. Tales acuerdos fueron posibles, en su momento, precisamente por las coincidencias gruesas de las elites latinoamericanas respecto de los lineamientos de política del Consenso de Washington. Asunto distinto es que, en razón de los procesos políticos recientes en varios países de América Latina, se han generado nuevas condiciones para adelantar proyectos político económicos alternativos a la integración neoliberal.

Por lo pronto, comparto plenamente el planteamiento de Moncayo cuando considera que, en sentido estricto, con los TLC no se ha tratado de acuerdos en los que haya jugado una posición de economía nacional-estatal o un proyecto nacionalista de las burguesías latinoamericanas, y señala, a manera de hipótesis, que “las elites latinoamericanas compiten entre sí, no por exceso de nacionalismo, sino por ganar los *favores* del poder norteamericano”. Los proyectos de integración de esas elites pretenderían ir, en efecto, “hasta la integración definitiva pero con Estados Unidos”¹³.

La culminación de la estrategia de transnacionalización y desnacionalización, una de cuyas expresiones son justamente los TLC, da cuenta de un proceso en marcha de integración política y económica del capital. Eso proceso es expresivo, por su parte, de las configuraciones del nuevo orden (sistema de poder) transnacional.

¹¹ José Antonio Ocampo. “Pasado, presente y futuro de la integración regional”, *Revista Integración & Comercio* N° 13 (enero-abril), Buenos Aires, 2001.

¹² Enrique Iglesias, op. cit., p. 137.

¹³ Frente a la tesis de Garay de que “aquí, el nacionalismo económico es más fuerte que cualquier herencia histórica común...”, Moncayo se pregunta: “¿Puede llamársele nacionalismo a lo que en principio, es apenas rivalidad entre las elites latinoamericanas? Y, ¿cuál es el contenido de esta rivalidad? ¿Defienden frente al mundo, y en alianza con diversos sectores sociales, un proyecto de desarrollo nacional? ¿Acaso, frente al poder de Estados Unidos y de las Corporaciones Multinacionales, exhiben alguna actitud de confrontación?”. Héctor León Moncayo León. “Los dilemas de la integración: ¿Nacionalismo o servilismo?”, Ponencia presentada en el Seminario internacional Mitos y realidades de la Globalización, Universidad Nacional de Colombia, Vicerrectoría de Sede, Bogotá, D.C., 2002, p. 1 (mimeo).

LOS TLC SUSCRITOS POR EL ESTADO COLOMBIANO

En el caso colombiano, se ha estado en presencia de gobiernos comprometidos a fondo con tal proyecto político económico. Luego del fracaso de las negociaciones sobre el tratado del Área de Libre Comercio de las Américas, Alca, el gobierno de Uribe Vélez redefinió su estrategia y se dio a la tarea de impulsar la firma de tratados bilaterales. Durante el último lustro se ha desplegado una intensa labor en ese sentido, que ha conducido a la negociación y firma de los tratados presentados en la cuadro 1. En forma paradójica, los impactos de políticas de la *seguridad democrática* han terminado afectando los propósitos de la política neoliberal en este campo. Las razones aducidas por los congresos de Estados Unidos y de Canadá para no ratificar los tratados guardan relación directa con la situación de derechos humanos en Colombia, y de manera particular con los asesinatos de sindicalistas y dirigentes sindicales. A ello se agregan, más recientemente, los impactos de la crisis capitalista, que han trasladado las prioridades de política a otros campos. En ese sentido, no han sido suficientes los favorecimientos al capital trasnacional para sacar adelante los tratados. Todo pareciera indicar que con el EFTA y la Unión Europea pudiera presentarse una situación similar.

Cuadro 1
TRATADOS DE LIBRE COMERCIO APROBADOS O EN PROCESO DE NEGOCIACIÓN

PAÍS(ES) CONTRATANTE(S)	SUSCRIPCIÓN	OBSERVACIONES
Grupo de los tres (Colombia - México - Venezuela)	Junio 1994	Vigente, enero 1995. El 22 de mayo del 2006 Venezuela denunció el TLC G-3; denuncia surtió efecto 180 días después de comunicada. A partir del 20 de noviembre de 2006, Venezuela no hace parte del TLC-G3.
Chile	27.11.2006	Vigente el 8 de mayo de 2009.
Países del triángulo norte (El Salvador, Guatemala, Honduras)	9.08.2007	Ley aprobatoria 1241 de 2008. Declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-446 de 2009. Con Guatemala vigente desde el 12 de noviembre de 2009.
Estados Unidos	22.11.2006	Ley aprobatoria 1143 de 2007. Declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-750 de 2008. No ha entrado en vigencia. No ha sido ratificado por el Congreso estadounidense debido a la situación de derechos humanos.
Canadá	21.11.2008	No ha entrado en vigencia. No ha sido ratificado por el Congreso canadiense debido a la situación de derechos humanos.
Países del EFTA (Suiza, Noruega, Liechtenstein, Islandia)	25.11.2008	Ley 1372 de 2010.
Unión Europea		En proceso de negociación

Dentro de los tratados suscritos por el Estado colombiano, el TLC con Estados Unidos ocupa un lugar central, por su significado y alcance económico y político. Este tratado fue producto en buena medida de la plena identidad del gobierno de Uribe Vélez con la estrategia estadounidense para América Latina que en su momento desplegara la derecha republicana durante el gobierno de Bush (con el gobierno de Obama se mantiene con algunos cambios cosméticos). El gobierno colombiano accedió a los contenidos que el gobierno de Estados Unidos le imprimió al tratado (aunque se intentaron mostrar diferencias en los enfoques durante la negociación, y en la representación de intereses). En ese TLC se encuentran fincadas, por otra parte, buena parte de las aspiraciones económicas del bloque dominante de poder en Colombia; no importa que ello implique la destrucción de valor (o la cesión de nuevos escenarios de la producción), de puestos de trabajo o la mayor precarización del empleo. Intereses capitalistas particulares han sido vendidos a la opinión pública como el interés nacional.

Independientemente de la suerte del tratado, que se encuentra en manos del Congreso estadounidense, por lo pronto aplazada y con una perspectiva relativamente incierta, aquí interesa avanzar en la formulación de elementos de análisis para un mejor entendimiento de su contenido y de sus alcances, haciendo énfasis en los aspectos relacionados con la regulación de las inversiones. El contenido del tratado resulta de suma utilidad pues él expresivo de un modelo de tratados que Estados Unidos ha impuesto o pretendido imponer en América Latina.

Como se aprecia en el cuadro 2 la materia del Tratado trasciende la esfera del comercio. Si bien es cierto, que buena parte del tratado se ocupa de normas para la regulación del mercado, lo que caracteriza esencialmente un TLC es su pretensión de regular las diferentes formas del capital. En ese aspecto, sus alcances se refieren prácticamente al conjunto de la actividad económica, y sobre todo dan cuenta de campos de regulación que resultan estratégicos dentro de las actuales tendencias de la acumulación y la valorización capitalista.

Cuadro 2
CONTENIDO BÁSICO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS

CAPÍTULOS DEL TLC	
Preámbulo.	
1. Disposiciones iniciales y definiciones generales.	13. Política de competencia, monopolios designados y empresas del Estado.
2. Trato nacional y acceso de mercancías al mercado.	14. Telecomunicaciones
3. Textiles y vestidos.	15. Comercio electrónico.
4. Reglas de origen y procedimientos de origen.	16. Derechos de propiedad intelectual.
5. Administración aduanera y facilitación del comercio.	17. Laboral.
6. Medidas sanitarias y fitosanitarias.	18. Medio ambiente.
7. Obstáculos técnicos al comercio.	19. Transparencia.
8. Defensa comercial.	20. Administración del acuerdo y fortalecimiento de capacidades comerciales.
9. Contratación pública.	21. Solución de controversias.
10. Inversión.	22. Excepciones generales.
11. Comercio transfronterizo de servicios.	23. Disposiciones finales.
12. Servicios financieros.	Anexos.

Dando continuidad a otras pretensiones de política del capital transnacional, como aquellas de los fracasados Acuerdo Multilateral de Inversiones y la misma Área de libre comercio de las Américas, así como a tareas pendientes dentro de los nuevos campos de regulación de la OMC, los tratados de libre comercio han incorporado regulaciones sobre inversión, comercio de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, compras del Estado y propiedad intelectual, entre otros. Estos campos se han constituido en el eje de las preocupaciones del capital transnacional cuando se trata de considerar la protección a los derechos de propiedad y nuevos espacios para la acumulación capitalista. Dada la tendencia de las políticas neoliberales, es justamente en esos campos en donde se aprecia con mayor claridad la conformación de lo que bien puede denominarse una nueva geografía de la acumulación y la valorización capitalista. Y es precisamente allí, en donde el capital despliega dispositivos para la protección de sus derechos de propiedad.

Más allá de los contenidos específicos, una lectura transversal del TLC permite afirmar que se trata de un instrumento de profundización del proceso de neoliberalización. En ese sentido puede afirmarse:

1. En el TLC se encuentra vertida la ideología del *libre mercado*, propia del discurso y de la retórica del neoliberalismo. Tal ideología ha sido traducida normativamente e incorporada en el ordenamiento jurídico. El TLC trasciende la esfera de la circulación, como ya se dijo, e incluye en su normatividad todas las fases del proceso de producción-reproducción (producción, circulación, distribución, consumo).
2. La noción normativa de *libre mercado* comprende, por un lado, aspectos de la regulación del comercio de bienes y servicios y de las inversiones. Por el otro, la apertura del mercado a campos en los que su lógica aún no se ha desplegado o, de haber ocurrido, apenas ha sido de manera parcial. Tal es el caso de los nuevos campos o sectores objeto de regulación.
3. La normatividad positiva sobre el *libre mercado* posee desarrollos evidentes en cuanto al propósito de superar de la organización nacional-estatal de la economía para transnacionalizar y desnacionalizar, con las cláusulas llamadas no discriminatorias, esto es, respecto del *trato nacional* y el *trato de nación más favorecida*. De esa forma, el TLC se constituye en un espacio para el flujo de bienes, servicios e inversiones, en el cual la *nacionalidad* de un bien, servicio o inversión pierde relevancia y su adscripción a cualquier forma de organización empresarial se convierte en más importante. La norma supranacional crea las condiciones para superar las diferencias en trato entre *empresas nacionales* y *empresas extranjeras*.
4. El concepto de *libertad económica* que atraviesa el acuerdo se encuentra reforzado con las cláusulas protectoras de la *libertad de empresa*, del *libre acceso a los mercados* y de la *libre competencia*. Así mismo, con la prevista sanción a prácticas que pudieran considerarse como desleales e inadecuadas.
5. Especial atención merece dentro de la normatividad del TLC la protección a los derechos de propiedad en general, y a la propiedad intelectual en particular. Si

bien pudiera afirmarse, que las normas sobre *libertad económica* se encuentran encaminadas a proteger y a afianzar los derechos de propiedad (privada), debe decirse que se incorpora un concepto de protección adicional que comprende factores de carácter extraeconómico en la protección de la propiedad de los inversionistas, como se verá más adelante

6. En materia de solución de controversias el TLC desarrolla la tendencia de *libre mercado* que caracteriza a todo el Acuerdo. En efecto, la eventual o presunta inobservancia de normas del TLC privilegia la solución de controversias a través de instancias privadas.

LA INVERSIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Como ya se señaló, en este trabajo, solamente se va a considerar la normatividad que regula la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos y que fuera aprobado mediante la Ley 1143 de 2007. El abordaje del capítulo de inversión del TLC con Estados Unidos resulta del mayor interés, por cuanto él condensa los aspectos esenciales de la política de neoliberalización, que se ha adelantado durante las últimas dos décadas en esa materia. Así mismo, es expresivo de la política y del derecho de la transnacionalización y la desnacionalización de la economía.

En sentido estricto, el capítulo de inversión no agrega novedades al ordenamiento jurídico existente hasta el momento. Se nutre de la normatividad general sobre inversión extranjera, en particular del Estatuto de inversión extranjera; recoge y reproduce buena parte de los diseños normativos contenidos en el fracasado proyecto del Área de Libre Comercio de las Américas; y se fundamenta en los contenidos de los acuerdos internacionales de protección a la inversión que han sido suscritos por el Estado colombiano. Así mismo, es contentivo de la política estatal en inversión extranjera, desarrollada a través de otros tratados de libre comercio. En suma, se está en presencia de un instrumento jurídico más para profundizar el proceso de transnacionalización y desnacionalización de la economía.

La exposición de motivos que condujo a la expedición de la ley aprobatoria del TLC con Estados Unidos es suficientemente ilustrativa de los argumentos del gobierno de Uribe Vélez para sacar adelante el tratado. Respecto de la inversión se afirmaba:

El objetivo de Colombia en este capítulo fue establecer un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos innecesarios a las inversiones provenientes de los Estados Unidos. También se propuso en la negociación la protección de los inversionistas colombianos en los Estados Unidos y el trato no discriminatorio con relación a los inversionistas nacionales en ese país¹⁴.

¹⁴ Corte Constitucional, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-750 de 2008, p. 292.

Como se aprecia, se trata de ofrecer un marco jurídico-institucional de estímulo, garantía y protección a los derechos del capital extranjero (en este caso, estadounidense) para atraerlo al país, con el convencimiento que su llegada redundará automáticamente en mayor crecimiento económico.

El desarrollo de ese marco jurídico-institucional se encuentra en la formulación de los lineamientos básicos del capítulo de inversiones, que son sintetizados en la ya mencionada exposición de motivos así:

Para el empresario de los Estados Unidos el TLC crea un clima favorable para la inversión en Colombia, al otorgarle acceso a nuestro mercado en condiciones de igualdad frente a los inversionistas nacionales y darle seguridad jurídica para el desarrollo de sus inversiones. Para tal fin se garantizan: 1) el trato no discriminatorio para el inversionista; 2) un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo y la protección y la seguridad plenas; 3) la libre transferencia de capitales relacionados con la inversión; 4) la ausencia de requisitos obligatorios en cuanto al desempeño de las inversiones y de requisitos de nacionalidad para los directivos o administradores de las inversiones; y 5) el respeto de los derechos del inversionista sobre sus inversiones¹⁵.

El capítulo está conformado por tres secciones (inversiones, solución de controversias inversionista-Estado y definiciones) con 28 artículos y un acápite de siete anexos (véase cuadro resumen del capítulo de inversiones). Aquí se presentarán algunos de los aspectos que se consideran más relevantes para mejor un entendimiento del lugar del TLC dentro de la política estatal frente a la inversión extranjera.

En la *Sección C de Definiciones*, el capítulo establece un concepto suficientemente amplio de inversión –acorde con las tendencias precedentes de legislación–, que permite incorporar las diferentes formas del capital, incluyendo entre otras aquellas propias del proceso de *financiarización* y de los desarrollos que ha tenido el derecho de propiedad intelectual. Dice el TLC: “Inversión significa todo activo o propiedad de un inversionista controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo”. Las formas de inversión contempladas en el Tratado se refieren a a) una empresa; b) acciones, capital y otras formas de participar en el patrimonio de una empresa; c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; d) futuros, opciones y otros derivados; e) contratos de llave en mano; f) derechos de propiedad intelectual; g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares; h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles e o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad (Art. 10.28).

¹⁵ Ibid., p. 293.

Cuadro 3
ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS

SECCIÓN A INVERSIONES	SECCIÓN B SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA- ESTADO	SECCIÓN C DEFINICIONES	ANEXOS
Ámbito de aplicación y Cobertura	Sometimiento de una reclamación a arbitraje	Definiciones	Derecho internacional Consuetudinario
Relación con otros Capítulos	Consentimiento de cada una de las parte al arbitraje		Expropiación
Trato nacional	Condiciones y limitaciones al consentimiento de las partes		Entrega de documentos a una parte bajo la sección B
Trato de nación más favorecida	Selección de árbitros		Órgano de apelación o mecanismo similar
Nivel mínimo de trato	Realización del arbitraje		Disposiciones especiales de solución de controversias
Tratamiento en caso de contienda	Transparencia de las actuaciones arbitrales		Deuda pública
Expropiación e indemnización	Derecho aplicable		Sometimiento de una reclamación a arbitraje
Transferencias	Interpretación		
Requisitos de desempeño	Informes de expertos		
Altos ejecutivos y juntas directivas	Acumulación de Procedimientos		
Inversión y medio ambiente	Laudos		
Denegación de beneficios	Entrega de informes		
Medidas disconformes			
Formalidades especiales y requisitos de información			
Consultas y negociación			

FUENTE: Diseño del autor con base en el texto del Tratado de Libre Comercio.

El capítulo de inversiones no establece en principio restricciones sectoriales a la inversión. Señala sí, lo que podría considerarse áreas prioritarias de inversión de acuerdo con la dinámica y las tendencias de la acumulación capitalista. Por ello, los acuerdos de inversión se consideran

a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución; b) para proveer servicios al público, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos (Art. 10.28).

Si se considera la tendencia de la inversión extranjera, es evidente que ésta se ha venido concentrando (y se concentrará) en buena medida en esos sectores de la actividad económica. En ese aspecto, el Tratado se constituye en un instrumento de la configuración de la nueva geografía del capital y de la acumulación capitalista en el país.

La *Sección A* se ocupa de la regulación de las inversiones propiamente dicha. El Tratado mantiene la línea de la legislación existente al respecto; es contentivo de cláusulas de trato nacional (trato no menos favorable que el que se conceda a los propios inversionistas) (Art. 10.3), de trato de nación más favorecida (trato no menos favorable que el que se conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte) (Art. 10.4) y de nivel mínimo de trato (acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas) (Art. 10.5), que se han constituido pilares de los flujos mundiales de capital, bajo un concepto de *capital sin fronteras*. En ese sentido, en términos reales y materiales ya no hay lugar a distinciones entre capital nacional y capital extranjero. La normativa de trato a las inversiones aplica para el “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en el territorio”.

Con una perspectiva idéntica, se diseñó la cláusula de trato en caso de contienda. El TLC se compromete a un “trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con pérdidas sufridas por inversiones como resultado de conflictos armados o contiendas civiles” y a la restitución, compensación o ambas, en forma pronta adecuada y efectiva (Art. 10.6). Esta cláusula representa una garantía excepcional para los inversionistas, dado que el Estado –dentro de su política de protección– asume de hecho toda responsabilidad respecto de los eventuales impactos que sobre ellos pueda tener el conflicto social y armado que ha vivido el país durante las últimas cinco décadas.

El Tratado no sólo establece blindaje frente al conflicto social y armado. También lo hace frente a expropiaciones. En este aspecto da continuidad a la política estatal de diseño de un marco jurídico institucional de favorecimiento al capital extranjero que, con el Acto legislativo 01 de 1999, eliminó la expropiación sin indemnización, atendiendo presiones de la British Petroleum y del gobierno británico. La letra del TLC dice que “ninguna de las partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta,

sea directa o indirectamente”¹⁶. Se establecen en todo caso algunas salvedades: que se trate de un propósito público (necesidad pública, interés público, utilidad pública); que sea de manera no discriminatoria; mediante pago, pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, con apego al debido proceso (Art. 10.7). En el evento del pago, el Tratado busca de nuevo favorecer al inversionista; impone que éste se haga sin demora, por el valor justo de mercado, liquidable y libremente transferible, y sin cambio en el valor propiciado, por ejemplo, por el anuncio de expropiar.

El gobierno de Uribe Vélez matizó con débiles argumentos, pero mostrándolo con un gran logro de la negociación, que el Estado en todo caso no vería afectada su capacidad regulatoria por cuanto sea habría reservado

*expresamente el derecho a adoptar cualquier medida por razones de orden público de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución. También se logró aclarar (sic) que los motivos de expropiación previstos en nuestra Constitución son los que se aplicarán para medir cuándo ocurre dicha situación respecto de un inversionista en Colombia (artículo 58 de la Constitución). Igualmente se aclaró que nada en el capítulo impide que se constituyan monopolios rentísticos del Estado preservando la facultad constitucional prevista en el artículo 336 de la Carta. Así mismo se logró acotar la cobertura de la deuda pública al trato nacional y al trato de nación más favorecida y que su simple incumplimiento no dé lugar a una reclamación bajo el tratado; de esta forma, se logra que interfiera las condiciones de colocación de esa deuda. Otro punto importante de destacar es que el Estado colombiano puede adoptar medidas de naturaleza cambiaria que afecten los flujos de capital con fines de salvaguardar la estabilidad macroeconómica*¹⁷.

En el marco del proceso de neoliberalización la expropiación, aún con indemnización, es una figura de muy poca probabilidad. Uno de los rasgos de ese proceso ha consistido más bien en impulsar una reestructuración del Estado en la que las privatizaciones se han constituido en uno de sus pilares. Por tal razón, cláusulas de ese tipo buscan más bien protecciones al capital frente a eventuales cambios políticos que, sobre presupuestos de soberanía, emprendan una redefinición de la política económica, tal y como se ha visto en algunos países de América Latina durante la última década.

La regulación sobre transferencias es un buen indicador de la concepción de inversión propia de las políticas neoliberales. Dado que el TLC permite que “todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio”, y que éstas comprenden aportes de capital;

¹⁶ Según el fallo de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del TLC “la *expropiación directa* significa que una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante transferencia formal del título o del derecho de dominio; y que la *expropiación indirecta* alude a un acto o una serie de actos de una Parte tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio al Estado, pues se trata de compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tiene expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustrada por la nueva regulación”. Corte Constitucional, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-750 de 2008.

¹⁷ Ibid., p. 293.

ganancias, dividendos, ganancias de capital y productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial de la inversión cubierta; intereses, pagos por regalía, gastos de administración y asistencia técnica; pagos realizados conforme a un contrato; y pagos por controversia (Art. 10.8), la inversión extranjera no se encuentra articulada con un proyecto ni siquiera de acumulación nacional y o fortalecimiento de la economía, como frecuentemente se escucha en los discursos apologeticos sobre este tipo de inversiones. Lo que impera más bien es un entendimiento de la inversión en la lógica de enclave y el propósito de incorporar estas inversiones dentro de las estrategias globales de la acumulación capitalista propiciadas por las casas matrices de las empresas transnacionales que las impulsan.

Desde esa misma perspectiva debe considerarse la inexistencia de requisitos de desempeño. En el Tratado se estipula que no se podrá imponer ni hacer cumplir cualquier requisito o hacer cumplir cualquier obligación de exportar determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicio, o de alcanzar determinado grado o porcentaje de contenido nacional, o de comprar o dar preferencia a mercancías producidas en el territorio, o de establecer relación en cualquier forma del valor o el volumen de las exportaciones y las importaciones, o de restringir ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión presta. (Art. 10.9). Esta cláusula reafirma la idea de producciones desnacionalizadas o inmersas en circuitos transnacionales de producción o de servicios. Ello se expresa igualmente en que el TLC no prevé exigencias sobre la nacionalidad del personal.

Finalmente, la regulación ambiental del Tratado es lo suficientemente ambigua como para afirmar que “en materia ambiental se puede adoptar cualquier medida que sea compatible con lo dicho en el capítulo”.

La Sección del TLC regula la solución de controversias inversionista-Estado. Ella expresiva del nuevo derecho contenido en este tipo de tratados, en el sentido que las relaciones que se regulan no son relaciones entre Estados, sino más bien relaciones entre inversionistas y Estado. A juzgar por la letra del Tratado debe decirse que la mayor parte de este capítulo se concentra precisamente en los mecanismos y los procesos para la solución de controversias. Después de definir el concepto de solución de controversias, esta sección precisa y detalla sus aspectos procedimentales; da continuidad –como ya se ha dicho– a las regulaciones existentes, específicamente las de los acuerdos de protección recíproca a la inversión. En este sentido es claro que se trata de reafirmar el rol de las instituciones de la justicia transnacional, particularmente de la que se ocupa de regular los conflictos en torno a las inversiones. Además de las protecciones y los incentivos que posee el capital transnacional en el ámbito nacional, es claro que él también ha logrado desplegar dispositivos globales para la protección de su propiedad.

En el tratado se establece que en el evento de una controversia se busca su solución mediante consultas y negociación. Si alguna de las partes considera que ésta no se puede resolver a través de ese mecanismo, la controversia se somete al arbitraje. En ese caso, existe la obligación de notificar al demandado por lo menos con noventa días de antelación. Después de seis meses de ocurridos los hechos, el Tratado considera varias opciones para someter la reclamación: a) De conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimientos Arbitrales del CIADI si las partes son parte del

Convenio, b) con las Reglas del mecanismo complementario del CIADI si una de las partes hace parte del CIADI; c) con las reglas de arbitraje del CNUDMI, o ante cualquier otra institución de arbitraje por acuerdo de las partes (Art. 10.16).

Más allá de los aspectos meramente procedimentales de estos mecanismos, en los que se abunda en esta sección del Tratado, como ya se dijo, aquí interesa mostrar cómo el Tratado se constituye en otro instrumento del proceso de transnacionalización y desnacionalización. En ese aspecto debe señalarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha contribuido a darle sustento jurídico a ese proceso, a partir de su interpretación amplia (y laxa) de los artículos 150-16, 226 y 227 de la Constitución Política. Respecto de la solución de controversias, ese organismo ha afirmado que “puede llegar a ser más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione”, y que “la internacionalización no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, de los tribunales internacionales”¹⁸. La Corte ha dicho sobre el CIADI que es

*coincidente con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (C.P., artículos 150-16 y 226). Igualmente, la convención de Washington, en tanto instrumento idóneo para brindar mayores niveles de seguridad a los inversionistas extranjeros, desarrollo (sic) el contenido del artículo 227 de la Carta, según el cual el Estado propenderá por la integración económica, social y política con las demás naciones*¹⁹.

En general debe afirmarse que la Corte Constitucional se ha plegado –en múltiples fallos sobre el tema de la inversión extranjera– a los argumentos de corte neoliberal esgrimidos por el poder ejecutivo respecto de las bondades de la inversión extranjera en el sentido que ésta es complementaria de la inversión doméstica, contribuye a alcanzar mayores niveles de desarrollo y de bienestar, permite financiar grandes obras de infraestructura, además de contribuir a la internacionalización. Desde luego que desde un punto de vista de teoría económica la importancia de la inversión extranjera es indiscutible. Lo que aquí se controvierte es que ella inscriba dentro de un proceso de neoliberalización y contribuya a la transnacionalización y desnacionalización de la economía, y que sus regulaciones estén concebidas para favorecer los intereses del capital transnacional, tal y como se aprecia en los diseños institucionales que al respecto tiene el país.

¹⁸ Ibid., p. 314.

¹⁹ Ibid., p. 317.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- Baumann, Renato; Bustillo, Inés y otros, "Los procesos de integración de los países de América Latina y El Caribe 2000-2001: avances, retrocesos y temas pendientes". Bid - Intal, División de Comercio Internacional e Integración, *Serie Comercio internacional* no. 25, Santiago de Chile, septiembre de 2002.
- Burgos Silva, Germán, *Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, D.C., 2009.
- Corte Constitucional Colombiana, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-750 de 2008.
- Iglesias, Enrique, "Doce lecciones de cinco décadas de integración regional en América Latina y El Caribe", en *Revista Integración & Comercio* N° 13, enero-abril, BID-INTAL Buenos Aires, 2001, p. 137.
- Moncayo, Héctor León. "Los dilemas de la integración: ¿Nacionalismo o servilismo? Ponencia presentada en el Seminario internacional Mitos y realidades de la Globalización", Universidad Nacional de Colombia, Vicerrectoría de Sede, Bogotá, D.C., 2002, p. 1 (mimeo).
- Ocampo, José Antonio, "Pasado, presente y futuro de la integración regional", *Revista Integración & Comercio* N° 13, enero-abril, Buenos Aires, 2001.
- Roettger, Berndt, *Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation. Die politische Konstitution des Marktes*, Verlag Westfaelisches Dampfboot, Muenster, 1997.
- Sassen, Saskia, "Nueva geografía política. Un campo transfronterizo para actores públicos y privados", en Estrada Álvarez, Jairo, *Dominación, crisis y resistencias en el nuevo orden capitalista*, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2003
- Scherrer, Christoph, "Global governance: Vom fordistischen Trilateralismus zum neoliberalen Konstitutionalismus", en *Prokla, Zeitschrift fuer kritische Sozialwissenschaft*, Berlin, no. 118, 2000.